Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Vierzehnten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1813.

Lib. XIV. Tit. III.

De institoria actione.

§. 891.

Wer heißt Institor? wer Praeponens? Aus welchem Grunde wird letzter aus den Geschäften des erstern verbindlich? Begriff der *actio institoria*.

Zum Besten des gemeinen Handels und Verkehrs ward auch II. vom Prätor die *actio institoria* [1]) eingeführt, welche bey dem Handel auf dem festen Lande Statt hat. Man sagt gewöhnlich, sie sey nach dem Beyspiel der *actio exercitoria*

1) Als Commentare über diese Lehre sind folgende Schriften zu bemerken. *Franc.* DUARENUS in Tit. 25. Lib. IV. Cod. et Tit. 3. Lib. XIV. Pandectar. de institoria actione. in *Operib.* pag. 973. sqq. *Franc.* RAMOS DEL MANZANO ad Tit. Pand. de institoria actione Commentar. adversarius (in *Ger.* MEERMAN. *novo Thes. iuris civ. et canon.* Tom. VII. pag. 19 sqq.) *Io. Christph.* MARCI de obligatione institorum sive factorum, an et quatenus illi ex contractibus nomine dominorum celebratis in sua persona et bonis propriis teneantur. *Argentor.* 1644. *Hulder. ab* EYBEN de constitutione et iuribus factorum seu institorum. Diss. I. et II. *Giessae* 1661. in Desselben *Scriptis* P. II. N. 6. et 7. pag. 260. ff. *Amad.* ECKOLT Diss. de actione institoria. *Lipsiae* 1664. *Chr.* ADOLPHI de institoribus. *Altorfi* 1671. *Henr. Balth.* ROTH Spec. de commerciis institoriis. *Ienae* 1682. *Pet. Christ.* BEVERHUS D. de obligatione ex contractu

toria gebildet worden [2]). Für diese Meinung scheint auch die Ordnung zu sprechen, in welcher von diesen beyden Klagen in den Pandecten gehandelt wird, welche auch schon in dem edicto perpetuo die nämliche war. Dennoch scheint die erstere Klage vielmehr der letzteren zum Muster gedient zu haben, wie sich aus folgenden Gesetzstellen schließen läßt. **Ulpian** sagt nämlich *L. 1. pr. D. de exercit. act.* Utilitatem huius Edicti patere, nemo est, qui ignoret. Nam cum interdum ignari, cuius sint conditionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit, eum, qui magistrum navi imposuit, teneri; *ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro, quam institore.* Quippe res patitur, ut de conditione quis institoris dispiciat, et sic contrahat; in navis magistro non ita: nam interdum locus, tempus non patitur plenius deliberandi consilium. Noch deutlicher aber lehren dieses die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** *L. 4. Cod. de institor et exercit act.* wo es heißt: Et si a muliere magister navi praepositus fuerit, ex contractibus eius exercitoria actione, *ad similitudinem institoriae*, tenetur. Es läßt sich indessen immer noch dagegen

tractu institoris oriunda. *Vltraiecti 1712.* *Christ. Wilh.* SCHWEITZER Disp. de firma mercatorum. *Lipsiae 1803.* *Christ. Aug.* MICHAELIS Disp. de lege praepositionis. *Lipsiae 1804.* und Carl Aug. Tittmann von der Statthaftigkeit der Institorischen Klage bey Uebertretungen der Gewerbsvorschrift. Dresden 1805. 8.

2) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. tit. init. *Operum* T. II. pag. 333. Allein man vergleiche *Hug.* DONELLI Commentar. ad Tit. Cod. de institor. et exercitor. act. nr. 25. pag. 147.

gegen einwenden, daß auch wieder in andern Stellen gesagt wird, es sey bey der actio institoria Manches *exemplo exercitoriae actionis* eingeführt. Man vergleiche z. B. *L.* 7. §. 1. *L.* 13. §. 2. *D. h. t.* Soviel ist jedoch gewiß, daß beyde Klagen in den meisten Stücken mit einander übereinkommen. Merkwürdig aber ist es, daß die Exercitorische Klage ihren Namen von der Person des Beklagten, die Institorische aber von demjenigen erhalten hat, aus dessen Contract sie entspringt [3]). Warum man diese weit natürlichere Ableitung bey der Exercitorischen Klage verließ, daran war wohl der Genius der lateinischen Sprache Schuld, mit welchem sich der Name *actio magistralis* nicht wohl vertrug [4]). *Institor* wird nun derjenige genennt, welcher einem Gewerbe, es sey eine Kaufmannshandlung, oder Buchhandlung, oder Apotheke oder Gastwirthschaft u. dgl. vorgesetzt ist, um solches im Namen des Principals zu betreiben [5]). Ein Factor, Handlungsvorsteher, Gewerbsverwalter, in den Apotheken Provisor. Der Handlungsprincipal, oder Gewerbsherr hingegen wird *Praeponens* genennt. **Ulpian** sagt *L.* 3. *D. h. t.* Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet: nec multum facit, tabernae sit praepositus, an cuilibet alii negotiationi. In den Basiliken [6]) wird er Προεστώς genennt. Ob ihm zur Führung der Handelsgeschäfte ein eigener Platz, oder Laden ange-

3) §. 2. *I. Quod cum eo, qui in aliena potest. est.*

4) S. DONELLUS c. l. nr. 13.

5) S. RAMOS DEL MANZANO cit. loc. Cap. 1. EYBEN Diss. I. de Factoribus. Cap. 2.

6) Tom. II. Lib. XVIII. Tit. 1. pag. 341. sqq.

wiesen ist, oder nicht, ist gleichviel. Auch die für ihren Herrn die Waaren zum Verkauf herumtragen, und sie, wie oft bey fremden Kaufleuten geschiehet, in den Häusern zum Verkauf anbieten, sind *Institores*, wie folgende Gesetzstellen lehren. *L.* 4. *D. h. t.* Cum interdum etiam ad homines honestos adferant merces, et ibi vendant. Nec mutat causam actionis locus vendendi emendive: cum utroque modo verum sit, institorem emisse aut vendidisse. *L.* 5. *D. eodem.* Cuicunque igitur negotio praepositus sit, *institor* recte appellabitur. §. 1. Nam et SERVIUS *libro primo ad Brutum* ait, si quid cum insulario gestum sit, vel eo, quem quis aedificio praeposuit, vel frumento coemendo, in solidum eum teneri. §. 4. Sed etiam eos *institores* dicendos placuit, quibus vestiarii vel lintearii dant vestem circumferendam, et distrahendam, quos vulgo *circitores* appellamus. Besonders *L.* 18. *D. eodem*, wo **Paulus** sagt: *Institor* est, qui *tabernae*, *locove*, ad emendum vendendumve praeponitur, quique *sine loco* ad eundem actum praeponitur. Um also einen *Institor* von einem bloßen Procurator oder Bevollmächtigten zu unterscheiden, erfordert man, daß ihm nicht blos die Besorgung eines einzelnen Geschäfts, sondern einer ganzen Reihe von Geschäften, die ein gewißes Gewerbe betreffen, aufgetragen worden sey [7]. Jedoch pflegt man denjenigen, dem nur ein

7) S. LEYSERI Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXI. medit. 6. et 7. BOEHMERI Introd. in ius Dig. h. t. §. 2. Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 108. S. 375. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 1127. Not. a. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 101. (Berlin 1810.)

ein einzelnes Handelsgeschäft ist aufgetragen worden, einen *quasi institor*, und die Klage gegen seinen Principal *actio quasi institoria* zu nennen. Der Unterschied ist also, wie schon Ludovici [8]) bemerkt hat, nicht erheblich. Wer jedoch nicht zur Direction der Handlung selbst, sondern blos zur Expedition der Comtoir-Geschäfte bestellt ist, hat nicht die Rechte eines Factors, sondern wird Buchhalter genennt [9]). Jedoch werden zuweilen diese Benennungen als gleichbedeutend genommen [10]). Ob übrigens der Factor eine Manns- oder Frauensperson ist, ob er ferner in der väterlichen Gewalt ist, oder nicht, ob er großjährig, oder minderjährig ist, ist gleichviel [11]). Eben dies gilt auch in Ansehung des Principals, oder des Praeponens. Jedoch mit dem Unterschiede, daß ein unmündiger Factor seinen Principal unbedingt verpflichtet [12]). Ist hingegen der Präponent noch unmündig, so ist die Anstellung des Institors entweder mit Zuziehung des Vormundes geschehen oder nicht. Im ersten Fall wird er aus den Handlungen seines Factors verbindlich, in dem andern aber nicht, außer in sofern er dadurch reicher geworden ist [13]). Ein minderjähriger Präponent kann sich jedoch der Rechte seines

Alters

8) Us. pract. Distinction. iuridicar. h. t. Dist. 2.

9) Ge. Fried. von Martens Grundriß des Handelsrechts. (Göttingen 1798.) §. 28. u. 29. Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 875.

10) EYBEN Diss. I. de Factoribus. Cap. 2. nr. V.

11) *L. 7. §. 1. D. h. t.*

12) *L. 7. §. 2. et L. 8. D. eodem.* RAMOS *del* MANZANO cit. Comm. Cap. I. §. 36.

13) *L. 9. et 10. D. h. t.*

Alters bedienen [14]). Die Anstellung eines Factors (praepositio) geschieht gewöhnlich mittelst einer schriftlichen Vollmacht, welche Procura genennt wird. Diese muß nicht allein den Kaufleuten des Orts, sondern auch den auswärtigen Handelsfreunden gehörig bekannt gemacht werden [15]). Denn sie bestimmt den Umfang seiner Befugniße. Nicht jede Handlung des Factors verpflichtet daher den Handlungsherrn, sondern es muß ein Geschäft seyn, welchem er vorgesetzt ist [16]). Wer also mit einem Gewerbsverwalter contrahirt, hat nur dann gegen deßelben Principal eine Klage, wenn der Gegenstand des Vertrags eine Gewerbssache betrifft [17]). Dieses Erforderniß ist hinreichend, wenn der Präponent dem Factor keine besondere Anweisung über die Art und Weise der Gewerbsverwaltung (lex praepositionis) gegeben hat. Denn ist der Factor der ganzen Handlung vorgesetzt, so erstreckt sich seine Vollmacht über alle bey derselben vorkommenden Geschäfte, ohne daß diese einzeln angeführt zu werden brauchen [18]). Wenn aber eine besondere Gewerbsvorschrift gegeben worden ist, so muß der Vertrag mit dem Institor in Gemäßheit derselben geschloßen worden seyn, wenn er für den Präponenten

14) *L. 11. §. 1. D. eodem.*

15) S. Martens a. a. O. §. 28. und Lud. Christph. Carl Veillodter Entwurf eines allgemeinen Handelsrechts. Frankf. am Main 1799. Kap. 19. §. 3. ff.

16) *L. 5. §. 11. et 12. D. eodem.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

17) *L. 3. C. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19. et 21. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LIII. Th. 3.

18) S. EYBEN Diss. I. de factoribus. Cap. 10. nr. IV—VIII. und Veillodter a. a. O. § 9. S. 184.

nenten verbindlich seyn soll. Hierauf geht, was Ulpian sagt *L.* 11. §. 5. *D. h. t.* Conditio autem praepositionis servanda est: quid enim si certa lege, vel interventu cuiusdam personae, vel sub pignore voluit cum eo contrahi, vel ad certam rem? Aequissimum erit id servari, in quo praepositus est. Es wird nur aber freylich erfordert, daß der Handelsherr in dem Falle, da sein Factor nicht alles das thun darf, was sonst in der Natur des ihm übertragenen Gewerbes liegt, die Schranken der Procura, welche die Gewerbsvorschrift enthält, gehörig bekannt gemacht habe [19]). Was dann der Factor gegen diese Vorschrift unternahm, ist für den Gewerbsherrn unverbindlich, wofern er solches nicht genehmigt [20]), oder derselbe sonst ex re verbunden ist [21]). Auch dieses bestätiget Ulpian ausdrücklich, wenn er *L.* 5. §. 12. *D. h. t.* sagt: Sed neque si ad emendum, et ille vendiderit, neque si ad vendendum, et ille emerit, debebit teneri. Die Verbindlichkeit des Gewerbsherrn beruhet hier überhaupt auf dem allgemeinen Rechtssatz, daß der Machtgeber für die vermöge des Auftrags geschehenen Handlungen seines Bevollmächtigten verbindlich ist, und der Gewerbsherr, weil er den Factor in seinem Namen und zu seinem Vortheil handeln läßt, stillschweigend in die Folgen dieses Handels einwilliget [22]). Eben diesen Grund giebt

19) *L. 11. §. 3. D. h. t.* u. §. 5. giebt den Grund an: Neque enim decipi debent contrahentes. Man sehe hier vorzüglich die oben Not. 1. angeführte Tittmannsche Schrift S. 5. ff.

20) *L. 7. pr. D. h. t.*

21) S. von Martens Grundriß des Handelsrechts §. 28.

22) *L. 149. D. de div. reg iur.* Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet. S. *ab* EYBEN Diss. I. Cap. 3. nr. VIII. und Tittmann in der angef. Abhandl. S. 6.

giebt auch Ulpian selbst an, wenn er *L.* 1. *pr. D. h. t.* sagt: Aequum Praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri; und in der *L.* 11. §. 2. sagt er geradezu: caeterum, qui praeposuit, tenetur *ipsa praepositione.* Die Klage, welche gegen den Handelsherrn [23]), mit dessen Factor Jemand in Gewerbssachen, denen er vorgesetzt ist, einen Vertrag geschlossen hat, auf Erfüllung desselben angestellet wird, heißt die institorische Klage. Justinian sagt §. 2. *I. Quod cum eo, qui in aliena potestate est*: Institoria tunc habet locum, cum quis tabernae forte, aut cuilibet negotiationi servum suum praeposuerit, et quid cum eo eius rei causa, cui praepositus erit, contractum fuerit. Ideo autem *institoria* appellatur, quia, qui negotiationibus praeponuntur, *institores* vocantur.

§. 892.

Inwiefern wird der Handelsherr aus einem Geldanlehn, oder einer unerlaubten Handlung seines Factors verbindlich?

Ob der Factor für Rechnung seines Principals Gelder aufnehmen könne? ist zunächst aus seiner Procura zu beurtheilen. Ist ihm darin namentlich die Erlaubniß dazu ertheilt worden, so darf man ihm sicher creditiren, und es kann auch in diesem Falle dem Gläubiger nicht einmal der Beweis einer nützlichen Verwendung aufgebürdet werden.

23) Es muß nur kein Anderer die Verbindlichkeit durch Novation übernommen haben. Meminisse autem oportebit, sagt Ulpian *L.* 13. §. 1. *D. h. t.* institoria dominum ita demum teneri, *si non novaverit quis eam obligationem*, vel ab institore, vel ab alio, novandi animo, stipulando.

den [24]). Dahingegen fällt die Klage gegen den Handelsherrn weg, wenn der Factor gegen das ausdrückliche Verbot desselben Geld aufnahm, und nur er allein ist dem Gläubiger dafür verantwortlich [25]). Enthält die Procura hierüber nichts Bestimmtes, so wird der Handelsherr aus einem gemachten Geldanlehen seines Factors anders nicht verbindlich, als wenn entweder das Handelsgeschäft seiner Natur nach nicht ohne Geldverkehr geführt werden kann, oder die Gelder sonst zum Besten des zu führenden Gewerbes nothwendig aufgenommen werden mußten [26]). Denn hier läßt sich eine stillschweigende Einwilligung des Gewerbsherrn nicht ohne Grund annehmen, es hat auch der Gläubiger, ausser der Nothwendigkeit des geschehenen Vorschußes, die wirklich erfolgte zweckmäßige Verwendung des Geldes zu beweisen nicht nöthig. Folgende Gesetzstellen werden uns hierüber vollständig belehren.

L. 5.

24) *L. 1. Cod. h. t.* Servus tuus pecuniam mutuam accipiendo, ita demum te institoria actione obligabit, si cum eum officio alicui, vel negotiationi exercendae praeponeres, *etiam ut id faceret, ei permissum a te probetur.* Quodsi haec actio locum non habeat: si quid in rem tuam versum probabitur, actione in eam rem proposita, cogeris exsolvere. Add. *L. 5. Cod. eodem.* S. EYBEN Diss. II. de factoribus Cap. 3. nr. VIII. pag. 293.

25) *L. 5. §. 13. in fin. D. eodem.*

26) *Ramos del* MANZANO Commentar. ad h. Tit. Cap. I. §. 17. sqq. *Hug.* DONELLUS in Comm. ad h. Tit. nr. 17. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXX. medit. 6. et Vol. III. Specim. CLXI. medit. 5. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 59.

L. 5. § 13. *D. h. t.* Sed si pecuniam quis crediderit institori, *ad emendas merces* praeposito, locus est *institoriae.* Idemque et si *ad pensionem pro taberna exsolvendam:* quod ita verum puto, *nisi prohibitus fuerit mutuari.*

L. 7. §. 11. *D. de SCto Macedon.* Interdum tamen, etsi Senatusconsulto locus sit, tamen in alium datur actio: utputa, filiusfamilias institor mutuam pecuniam accepit. Scribit enim IULIANUS *Lib.* 12. ipsum quidem institorem exceptione Senatusconsulti usurum, si conveniatur, sed *institoriam actionem* adversus eum, qui praeposuit, competere: quamquam, inquit, si ipse pater eum praeposuisset merci suae, vel peculiarem [27]) exercere passus esset, cessaret Senatusconsultum: *quoniam patris voluntate contractum videretur.* Nam si scit eum negotiari, *etiam hoc permisisse videtur*, si non nominatim prohibuit, merces accipere.

L. 13. *pr. D. b. t.* Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelatae; eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse, egit proposita actione [28]): *probare non potuit, mercis gratia eum accepisse.* Licet

27) Baudoza lieset hier rem peculiarem. Unser Erlanger Pandecten-Codex hat peculiarem mercem. Allem Ansehen nach ist hier wohl vermittelst einer in den Florentinischen Pandecten nicht ungewöhnlichen Gemination *peculiarem rem* zu lesen, wie auch *Ios.* NERIUS Analector. Lib. I. cap. I. in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 329. dafür hält.

28) *Proposita actione* heißt hier soviel als actione institoria directa. Denn diese Klage hatte Statt, wenn der Institor Geld zum

Licet consumta est actio [29]), nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen IULIANUS *utilem* [30]) ei *actionem* competere ait.

L. 19.

zum nöthigen Ankauf der Waaren aufgenommen hatte, wenn ihm gleich dazu keine ausdrückliche Ordre war ertheilt worden. Diese Klage wird hier darum *actio proposita* genennt, quoniam eius formula, wie RAMOS DEL MANZANO c. l. Cap. I. §. 21. sagt, in Albo sive Edicto Praetoris publice proposita extabat, ut et aliae solemnes formulae. *L. 1. D. de edendo. L. 1. Cod. de Interdict. L. 1. Cod. de lib. exhib.* S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Proponere.*

29) Dies ist ein bloßer Zweifelsgrund. Der Sinn dieser Worte ist nämlich der: Es könnte zwar dem ersten Ansehen nach scheinen, als ob nun alles Klagerecht des Gläubigers wegen der ihm entgegenstehenden exceptio rei iudicatae verloren sey, weil der Herr ein für allemal von der actio institoria war entbunden worden, welche der Gläubiger wegen des dem Factor gegebenen Anlehns gegen denselben angestellt hatte. S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLIV. Tit. 2. Nr. XVIII. not. h. pag. 257.

30) Die hier erwähnte *actio institoria utilis* hat nämlich Statt, wenn Jemand blos den Auftrag gegeben hat, ein Geldanlehn für ihn aufzunehmen, wie aus *L. 19. pr. D. h. t.* und *L. 5. Cod. eodem* erhellet. Es fragte sich also, ob dieser Klage nicht die exceptio rei iudicatae entgegengesetzt werden könnte, weil der Proceß mit der actio directa, wegen Mangels des erforderlichen Beweises, verloren worden war? Alles kam hier darauf an, ob dieselbe Streitfrage, von welcher jetzt die Rede ist, schon in dem vorigen Proceß war entschieden worden. *L. 3. D. de except. rei iudic.* Dies läugnete mit Recht Julian, welcher dem Gläubiger noch die *actio utilis ad exemplum institoriae* gestattet. Denn in dem ersten Proceß war die

Frage,

L. 19. §. 2. *D. eodem.* Tabernae praepositus a patre filius, *mercium causa mutuam pecuniam accepit*: pro eo pater fideiussit: etiam *institoria* ab eo petetur, cum acceptae pecuniae speciem fideiubendo negotio tabernae miscuerit [31]).

L. 7. §. 2. *D. de exercitor. act.* Eadem fere dicenda ait, et si de *institoria actione* quaeratur. Nam tunc quoque creditorem scire debere, necessariam esse mercis comparationem, cui emendae servus sit praepositus: *et sufficere, si in hoc crediderit;* non etiam illud exigen-

Frage, ob der Factor das Geld zum nöthigen Ankauf der Waaren erhalten hätte? und dies konnte der Gläubiger nicht beweisen. In dem zweyten Proceß aber ist blos die Streitfrage zu entscheiden, ob der Agent des Beklagten das Anlehn, dem erhaltenen Auftrage gemäß, wirklich empfangen habe? S. POTHIER cit. loc. not. *i.* und *del* MANZANO cit. loc. §. 22. p. 26. Ganz unrichtig hat dieses Fragment DUARENUS in Comment. ad h. Tit. cap. IV. pag. 977. erklärt.

31) Der Sinn dieser Worte ist: Durch die Fidejussion werde die Verbindlichkeit, wegen welcher der Vater, als Präponent, mit der actio institoria haftet, nicht geändert, sondern es trete noch eine neue zur Sicherheit des Gläubigers hinzu, wodurch die actio institoria noch wirksamer gemacht wird. Denn hätte der Vater nicht für den Sohn fidejubirt, so hätte doch dem Gläubiger noch erst der Beweis obgelegen, daß das Geldanlehn zum Ankauf der Waaren nothwendig war. Dieses gewiß nicht leichten Beweises ist aber der Gläubiger nunmehr überhoben, weil der Vater durch Verbürgung des Anlehns auch dessen Nothwendigkeit anerkannt hat. S. RAMOS c. l. Cap. I. §. 18. pag. 25. und POTHIER Pand. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XXI. not. d. pag. 408.

gendum, ut ipse curam suscipiat, an in hanc rem pecunia eroganda est.

Daß der Handelsherr aus den Contracten seines Factors verbindlich wird, läßt sich nun zwar aus dem vom Ulpian *L.* 1. *h. t.* angeführten Grunde sehr gut erklären. Allein es entsteht die Frage, ob und in wiefern der Gewerbsherr auch aus den unerlaubten Handlungen seines Factors verantwortlich sey? Cocceji [32]) leugnet, daß wegen solcher Handlungen die actio institoria gegen den Präponenten Statt finde. Sein Grund ist, weil hierauf das Mandat nicht gehe. Der Factor handle also hier ausser den Gränzen seines Auftrags. Eben dieser Meinung ist auch Berger [33]). Allein mehrere Gesetzstellen in diesem Titel laßen uns nicht daran zweifeln, daß der Präponent selbst wegen der unerlaubten Handlungen seines Factors hafte, insofern er sie bey der Ausübung seines Amts begieng [34]). Die Klage wird hier *actio quasi institoria* genennt, mit welcher die actio ex delicto concurrirt. Die hierher gehörigen Gesetzstellen sind:

L. 5. §. 8. *D. h. t.* Idem (sc. *Labeo*) ait, si *libitinarius* [35]), quos Graeci νεκροθαπτας [36]) vocant, servum *pollin-*

32) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

33) Resolut. legum obstant. h. t. Qu. 3.

34) Hierin stimmen überein VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *Ant.* FABER Rational. in L. 5. §. 8. D. h. t. RAMOS DEL MANZANO cit. Comm. Cap. I. §. 11. et 12. pag. 23. sqq. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 4. not. u. von Martens Grundriß des Handelsrechts §. 28. u. a. m.

35) *Libitinarius* wurde bey den Römern derjenige genennt, welcher die Leichenbegängnisse zu besorgen und zu veranstalten hatte. Fune-

pollinctorem [37]) habuerit, isque mortuum spoliaverit, dan-

Funerum curator. Der Name stammt von der Göttin *Libitina* her, welcher, wie uns Plutarch lehrt, schon von den Zeiten des Königs Numa an ein Tempel geweihet war, in welchem alles, was zum Begräbniß gehörte, gekauft, oder gemiethet wurde. Mit dieser Leichenbesorgung wurde ein eigenes Gewerbe getrieben, welches man *libitinam exercere* nannte. Eine merkwürdige Stelle findet man hierüber bey Valerius Maximus Lib. V. c. 2. Ex. 10. wo es heißt: *M. Cornuto Praetore funus Hirtii et Pansae iussu Senatus locante, qui tunc Libitinam exercebant, cum rerum suarum usum, tum ministerium suum gratuitum polliciti sunt; quia hi pro republica dimicantes occiderant. Perseverantique postulatione extuderunt, ut exequiarum apparatus sestertio nummo ipsis praebentibus addiceretur. Quorum laudem abiecta lege conditio auget magis, quam extenuat: quoniam quidem quaestum contemserunt, nulli alii rei, quam quaestui viventes.* Auf dieses Gewerbe bezieht sich auch die Stelle des Horaz Lib. II. Sat. 6. v. 19. wo er sagt: *Autumnusque gravis Libitinae quaestus acerbae.* Diese Libitinarien hielten sich in dem Tempel der Libitina auf, wo über die Verstorbenen eine eigene Liste gehalten wurde, so wie in dem Tempel der Juno Lucina über die Gebohrnen. SUETON. *in Neron.* c. 39. und DIONYS. HALICARN. *Antiquit.* Lib. IV. Der Römer überließ nun einem solchen Libitinar die Besorgung des ganzen Leichenbegängnißes, und contrahirte mit ihm über den Kostenbetrag, welches man *funus locare* nannte. SENECA Epist. 99. PLINIUS Lib. VI. cap. 52. Man vergleiche vorzüglich *Io.* KIRCHMANN de funerib. Romanor. Lib. I. cap. 9. *Iac.* GUTHERIUS de iure manium Lib. I. cap. 15. RAMOS DEL MANZANO cit. Comm. Cap. I. §. 8. und FOPPIUS *ab* AEZEMA Dissertation. iuris civ. Lib. I. cap. 17. in *Thes. Meerm.* T. VI. pag. 516.

36) *Guil.* BUDAEUS in Annotat. prior. et poster. in Pand. h. t. ad L. 5. cit. p. 136. (*Lutetiae 1556.*) glaubt, man müsse ταφέας

dandam in eum *quaſi inſtitoriam actionem* [38]): quamvis et *furti* et *iniuriarum actio* competeret [39]).

L. 5. §. 9. D. eodem. Idem *Labeo* ait, ſi quis piſtor ſervum ſuum ſolitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta praeſenti, *ut per dies ſingulos eis panem praeſtaret*, conturbaverit,

ταφέα leſen. Haloander hat κτεριστὴν. Andere leſen ἐνταφιαστὴν. Daß jedoch alle dieſe Benennungen richtig und gleichbedeutend ſind, hat aus Heſychius und Julius Pollux *Io.* BRODAEUS lib. IV. Varior. gezeigt. Die *Baſilica* Tom. II. pag. 342. haben den Ausdruck νεκροθάπτης.

37) *Pollinctores* waren Gehülfen der Libitinarien. Ihr Geſchäft beſtand vorzüglich darin, den Leichnam abzuwaſchen und zu ſalben, von pollincere. Ueber die Etymologie iſt man jedoch nicht einverſtanden. *Guil.* BUDAEUS a. a. O. verſteht unter dieſer Benennung überhaupt Leichenbeſorger. Man ſehe jedoch *Iac.* GUTHERIUS c. l. pag. 91. (edit. *Lipſ. 1671.* 8.) KIRCHMANN c. l. pag. 48. RAMOS c. l. §. 9. Unrichtig lieſet hier unſer Erlanger Codex *pollicitatorem.*

38) Die Klage wird darum quaſi inſtitoria genannt, weil die actio inſtitoria nach *L. 1. D. h. t.* nur eigentlich aus Contracten des Factors gegen den Handelsherrn gebraucht werden kann. S. *Ant.* FABER Rational. in h. L. Hierzu kommt aber noch ein anderer Grund, nämlich weil der pollinctor auch kein eigentlicher Inſtitor war, wie RAMOS c. l. Cap. I. §. 10. bemerkt.

39) Dieſe Klagen konnten zwar in dem Falle, wovon das Geſetz ſpricht, gegen den Herrn blos noxaliter angeſtellt werden. Iſt aber der inſtitor ein freier Menſch, ſo finden ſie gegen ihn ſelbſt ſtatt. S. FABER c. l. und RAMOS c. l. §. 11.

verit [40]), dubitari non oportet, quin, si permisit ei ita dari summas, teneri debeat.

Man wende nicht ein, es sey hier blos von solchen Institoren die Rede, welche in der Gewalt ihres Principals sich befanden, und aus deren unerlaubten Handlungen der Herr schon ohnedem mit der Noxalklage haftete. Denn man erwäge, was Ulpian sagt *L.* 11. § 4. *D. h. t.* Sed si *ipse institor* decipiendi mei causa detraxit, *dolus ipsius praeponenti nocere debet.* Dieser Satz ist ganz allgemein, und es kommt hier nicht auf das besondere Verhältniß an, in welchem der Institor zu dem Gewerbsherrn steht. Es bestätiget dieses auch Paulus, wenn er *L.* 5. §. 3. *D. de doli mali et metus except.* sagt: Actoris, qui exigendis pecuniis praepositus est, etiam posterior *dolus domino nocet.* Der Auftrag geht freylich auf solche unerlaub-

40) Es ist hier von dem Falle die Rede, da der Knecht eines Beckers, durch den sein Herr das Brod verkaufen ließ, sich das Geld von seinen Kunden für das Brod, was sie für jeden Tag erhalten sollten, hatte vorausbezahlen lassen, und hernach dasselbe durchgebracht hatte. *Conturbare* ist also hier soviel als pecuniam dissipare et decoquere, und wird eigentlich von Sklaven gebraucht, die in den ihnen anvertrauten Geschäften ihres Herrn nicht mit der Rechnung bestehen können. S. *Guil.* BUDAEUS in Annotat. ad Pand. h. L. p. 137 und BRISSONIUS de Verbor. Significat. hac voc. Mit Recht wird nun hier der Grund der Verantwortlichkeit des Herrn darin gesetzt, daß das Vergehen seines Knechts die causa praepositionis angieng. Warum hatte er ihm erlaubt, sich das Geld von den Kunden vorausbezahlen zu lassen? S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. 5. §. 9. D. h. t. und RAMOS DEL MANZANO Comm. ad h. Tit. Cap. I. §. 12.

erlaubte Handlungen nicht, wie Cocceji ganz richtig erinnert; allein es fällt doch dem Gewerbsherrn zur Last, daß er keinem treuern Menschen seine Geschäfte übertrug [41]. Selbst Verbrechen, die der Factor bey der Gewerbsverwaltung beging, muß daher der Präponent vertreten. Denn durch die Anstellung eines Factors giebt der Gewerbsherr jedem das stillschweigende Versprechen, alle die Handlungen seines Gewerbsverwalters, die er, als solcher, d. i. in Gewerbssachen unternimmt, eben so, als ob sie von ihm selbst geschehen wären, gelten zu lassen [42]. Nun sagt zwar Ulpian *L.* 1. *D. h. t.* der Präponent werde aus den Handlungen seines Factors verbindlich, weil er den Vortheil daraus zieht. Allein die Gesetze halten es auch für eben so billig, daß wer den Nutzen hat, sich auch die damit verknüpften Beschwerden müsse gefallen lassen [43].

§. 893.

Kann der Institor einen Andern substituiren? Wie haften mehrere Präponenten? In wiefern kann der Contrahent gegen den Institor klagen? In wiefern der Präponent gegen den Contrahenten?

Man behauptet gewöhnlich [44], die actio institoria unterscheide sich vorzüglich darin von der actio exercitoria, daß sie nur

41) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. Band §. 1402.

42) S. THEOPHILI Paraphr. graec. ad §. 2. in fin. I. Quod cum eo, qui in aliena potest.

43) *L. 10. D. de div. reg. iuris.*

44) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. RAMOS DEL MANZANO Comm. cit. Cap. I. §. 39.

nur durch Handlungen des von dem Handelsherrn selbst bestellten Factors, nicht aber durch Handlungen desjenigen begründet werde, welchen sich der Factor, ohne besondere Erlaubniß seines Principals, substituirt hat. **Ulpian**, glaubt man, habe dieses ganz klar ausgesprochen, wenn er *L. 1. § 5. D. de exercitoria act.* sagt: *Magistrum* autem accipimus, non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: — *et facilius hoc in magistro, quam institore, admittendum propter utilitatem.* Denn das Wort *facilius* suspendire hier nicht sowohl, sondern drücke geradezu den Gegensatz aus. Fast auf eine ähnliche Art erkläre sich **Papinian**, wenn er *L. 1. princ. D. de pignor. et hypoth.* sagt: *difficilius* creditori actio dabitur; sed *facilior* erit possidenti retentio. In diesen Worten sey der absolute Satz enthalten, der Gläubiger habe keine Klage, sondern könne sich nur einer Retention bedienen. Diese Erklärung sucht man noch besonders durch den Grund zu bestärken, welcher L. 1. pr. D. de exerc. act. angeführt wird: Cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro, quam cum institore; *quippe res patitur, ut de conditione quis institoris dispiciat, et sic contrahat;* in navis magistro non ita. Man fügt endlich noch hinzu, daß zwar in den Gesetzen dieses Titels hin und wieder von solchen die Rede sey, die im Namen anderer Institoren bestellen können. Allein der Institoren selbst geschehe dabey keine Erwähnung. So sage

SCHILTER Prax iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 42. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 1. § 5 D de exercit. act. *Io.* STRAUCH DiffErtat ad univ. ius Iustin. Diff XXII. §. 6. HEINECCIUS Elem. iuris civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 155. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 3. u. a. m.

sage z. B. Ulpian *L.* 5. §. *ult. D. h. t.* Sed et si procurator meus, tutor, curator institorem praeposuerit, dicendum erit, veluti a me praeposito, dandam institoriam actionem. Allein daß dennoch auch dem Factor die Befugniß, sich auch ohne besondere Erlaubniß einen andern zu substituiren, sofern es nämlich die Umstände erfordern, keinesweges versagt sey, und daß er es nur nicht, wie dem magister auch sogar in diesem Falle erlaubt ist, wider ein ausdrückliches Verbot thun dürfe, haben andere [45]), dem Geist der Gesetze entsprechender, gezeigt. Zwar ist es noch sehr zweifelhaft, ob die Stelle Ulpians *L.* 5. §. 17. *D. h. t.* Si *ab alio* institor sit praepositus, is tamen decesserit, qui praeposuit, et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit; worauf sich einige berufen, wirklich von einem Substituten des Factors zu verstehen sey. Denn auch davon abgesehen, daß die Leseart dieser Stelle verschieden ist [46]); so scheint hier vielmehr von einem solchen Falle die Rede zu seyn, wo derselbe Institor zweyen Herren diente,

 und

45) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. MEIER Ευδοξῶν Iustinian. Dec. V. cap. 5. §. 8. *ab* EYBEN Diss. I. de factorib. Cap. 6. nr. 8. et Diss. II. Cap. 4. nr. X. et Cap. 6. nr. IV. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XI. Specim. DCLXXVII. medit. 15. WALCH Controv. iuris civ. Sect. III. Cap. VI. §. 17. pag. 680. sq. THIBAUT System des Pandectenrechts 2. B. §. 876.

46) So z. B. befinden sich die Worte *ab alio* in der Haloandrischen Ausgabe nicht. Allein in der Florentinischen und *Vulgata* stehen sie. Daher ist auch wohl an ihrer Aechtheit nicht zu zweifeln, wenn sie gleich in den Gothofredischen Ausgaben eingeschlossen sind.

und der eine Herr des andern Erbe geworden war. Natürlich war hier der Erbe auch aus denjenigen Contracten verbindlich, welche sein Factor, als Factor des verstorbenen, der Gewerbsvorschrift desselben gemäß, geschlossen hatte. So erklärt diese Stelle Schilter[47]), und, wie ich glaube, nicht unrichtig. Denn daß hier von keiner Substitution die Rede sey, lehren wenigstens die Basiliken[48]), in welchen die angeführte Stelle so lautet: Εαν ὁ προβαλλόμενος, τόν προεςῶτα τελευτήσῃ, καὶ ὁ κληρονόμος ἀυτῳ κέχρηται, ἐνέχεται. Si is, *qui institorem praeposuit*, decesserit, *et heres eius eodem institore utatur*, tenetur. Allein es ist auch gar nicht nöthig, jene Stelle zu Hülfe zu nehmen. Genug, daß dem Factor die Befugniß zu substituiren dadurch offenbar nicht benommen ist, wenn Ulpian *L.* 1. §. 5. *D. de exerc. act.* sagt, der magister navis könne sich in seiner Lage mehr Freiheit herausnehmen, als der Factor einer Handlung auf dem festen Lande, der immer eher Nachricht von seinem Herrn erhalten kann, als der auf dem Meere von Wind und Wellen herumgetriebene magister navis. Hierzu kommt, daß auch durch andere Gesetze das Substitutionsrecht desjenigen, dem die Verwaltung fremder Geschäfte übertragen worden ist, als Regel bestätiget wird[49]), und es ist kein hinreichender Grund vorhanden, beym Institor eine Ausnahme zu machen. Daß nach teutschen Sitten und dem heutigen Gerichtsgebrauche dem Factor die Substitution erlaubt, und die Klage auch in

47) Cit. loc. pag. 208.

48) Tom. II. Lib. XVIII. Tit. 1. Const. 5. §. 8. pag. 343.

49) *L. 8. §. 3. D. mandati.* *Cap. ult. de procurat. in 6to.* S. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. 6. Abh.

in dieſem Falle gegen den Principal begründet ſey, giebt auch ſelbſt Schilter [50]) zu.

Darin kommt jedoch die actio inſtitoria mit der actio exercitoria vollkommen überein, daß ſie gegen mehrere Präponenten in ſolidum, gegen die Erben aber nur auf ihren Antheil gerichtet werden kann. Hat jedoch einer der Präponenten das Ganze bezahlt, ſo bleibt ihm gegen die übrigen der Regreß mit der actio pro ſocio oder communi dividundo offen. Die hierher gehörigen Stellen ſind

L. 13. §. 2. *D. h. t.* Si duo pluresve tabernam exerceant, et ſervum, quem ex diſparibus partibus habebant, inſtitorem praepoſuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur, an pro aequalibus: an pro portione mercis, an vero in ſolidum, IULIANUS quaerit? Et verius eſſe ait, *exemplo exercitorum* [51]), et de peculio actionis [52]), *in ſolidum* unumquemque conveniri poſſe: et quidquid is praeſtiterit, qui conventus eſt, ſocietatis iudicio vel communi dividundo conſequetur.

L. 14.

50) Cit. loc. §. 43. Man ſehe auch STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 2.

51) Es iſt alſo hier alles ſo, wie oben §. 879. bey der actio exercitoria vorgekommen iſt.

52) Auch die actio de peculio ging gegen mehrere Herren auf das Ganze, ohne daß hier die Wohlthat der Theilung Statt hatte. *L.* 27. *§. ult. D. de pecul.* Es wird hier auch eben der Grund, wie bey der actio exercitoria, angegeben, nämlich: *Eſt enim iniquum in plures adverſarios diſtringi eum, qui cum uno contraxerit.*

L. 14. D. eodem. Certe ubicunque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque pro parte sua condemnari oportere constat, veluti si is, cuius servo creditum est, duobus heredibus institutis, ei servo libertatem dederit: *nam heredum quisque pro sua parte conveniendi sunt, quia cessat inter eos communi dividundo iudicium.*

Jedoch behaupten viele, daß heut zu Tage auch mehrere Gewerbsherren aus den Handlungen ihres Factors nur pro rata belangt werden könnten, oder ihnen wenigstens die Wohlthat der Theilung zu gestatten sey [53]).

Die Frage, inwiefern der Factor selbst belangt werden könne? ist hier eben so, wie bey der actio exercitoria [54]), zu beantworten. Ist der Factor ein freier Mensch und mündig, so kann er, wenn er auch eine Frauensperson [55]), oder noch in der väterlichen Gewalt des Präponenten ist [56]), so gut, wie sein Principal, belangt werden. Die Klage aber ist hier nicht die Institorische, sondern die aus dem verbindlichen Geschäft selbst, welches nämlich der Factor in dieser Eigenschaft unternahm, entspringende directe Klage [57]). Diese Klage geht auch nur dahin, daß der

53) S. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XXVII. §. 44. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 22. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. VINNIUS Comm. ad §. 2. I. Quod cum eo, qui in aliena potest. nr. 2.

54) S. oben §. 881.

55) *L. 7. §. 1. D. h. t.* Et si mulier sit praeposita, tenebitur etiam ipsa.

56) *L. 7. §. 11. D. de SCto Macedon.*

57) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. und *Frid. Es. a* PUFENDORF Animadversion. iuris Nr. LXIII. §. 2.

der Factor dem Gläubiger aus dem Vermögen seines Principals Befriedigung verschaffe[58]). Daher kann die Klage gegen den Factor auch nur so lang Statt finden, als derselbe der Handlung vorsteht[59]). Denn hat seine Verwaltung ein Ende, so haftet er nur noch wegen seiner eigenen Handlungen.

58) S. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 41. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13. et 14. *ab* EYBEN Diss. II. de factorib et nominatim de actionibus, quae dantur in praeponentem et factorem ipsum. Cap. 9. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. und WALCH Controv. iuris civ. Sect. III. cap. 6. §. 16. pag. 679.

59) *L. ult. D. h. t.* Lucius Titius mensae nummulariae, quam exercebat, habuit libertum praepositum. Is Caio Seio cavit in haec verba: *Octavius Terminalis, rem agens Octavii Felicis, Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie Kalendas Maias.* Quaesitum est, Lucio Titio defuncto sine herede, bonis eius venditis, an ex epistola iure conveniri Terminalis possit? Respondit, nec iure his verbis obligatum, nec aequitatem conveniendi eum superesse; cum id institoris officio, ad fidem mensae protestandam, scripsisset. Dieses Responsum des Scävola enthält eigentlich einen doppelten Entscheidungsgrund. Denn 1) war die von dem Factor ausgestellte Versicherung: Domitius Felix habe an die Bank seines Herrn 1000 Denarien zu fordern, welche er ihm zur bestimmten Zeit auszahlen werde, als keine Intercession für seinen Principal anzusehen; 2) Der Herr war ohne Erben verstorben, und sein Vermögen, aus welchem doch nur die Zahlung zu erheben gewesen wäre, verkauft worden. Die Gewerbsverwaltung hatte also hiermit aufgehört. Darum blieb kein Grund übrig, den gewesenen Factor in Anspruch zu nehmen. Man sehe über diese Stelle vorzüglich *ab* EYBEN c. l. Cap. IX. nr. V. et VI. pag. 304. sqq.

gen [60]). Z. B. wenn er in eigenem Namen contrahirte, oder sich für seinen Principal verbürgte, oder die Gränzen seines Auftrags überschritte, oder sonst etwas Unerlaubtes unternahm [61]).

Das Amt des Institors hört jedoch nicht mit dem Tode des Präponenten an sich, wie sonst eine Bevollmächtigung [62]), sondern in der Regel nur durch Widerruf des Auftrags auf, und zwar muß die Aufhebung der Procura eben so, wie die Ertheilung derselben bey Anstellung des Factors, gehörig bekannt gemacht werden, damit jeder davon hinlängliche Wissenschaft erhalten kann [63]). Eine solche Bekanntmachung erfordern die Gesetze schlechterdings, und schreiben sie als Mittel vor, den aus der Geschäftsführung eines Gewerbsverwalters für den Gewerbherrn und dritte Contrahenten sonst leicht möglichen Schaden abzuwenden [64]). Ist sie daher nicht gehörig geschehen, so bleibt der

60) CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 20. Def. 14.

61) *L. 67. D. de procurator. L. 3. §. 2. D. de administr. rer. ad civit. pertinent. L. 5. pr. et §. 1. D. Quando ex facto tutor.* S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 15. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. s.

62) *L. 15. Cod. Mandati. L. 5. §. 17. L. 17. §. 3. D. h. t.*

63) *L. 11. §. 2. D. h. t.* De quo palam proscriptum fuerit: *ne cum eo contrahatur*, is praepositi loco non habetur. Non enim permittendum erit, cum institore contrahere. *Sed, si quis nolit contrahi, prohibeat:* caeterum, qui praeposuit, tenetur ipsa praepositione. S. Tittmann von der Statthaftigkeit der Institorischen Klage bey Uebertretungen der Gewerbsvorschrift. §. 8. S. 45.

64) *L. 47. pr. D. de peculio* und *L. 11. §. 5. D. h. t.* sagt ausdrück-

der Präponent noch immer aus den etwa noch nachher mit seinem gewesenen Factor in dieser vermeintlichen Eigenschaft geschlossenen Verträgen den Contrahenten verbindlich, welchen die Zurücknahme des Auftrags unbekannt geblieben war [65]). Die Gesetze verordnen sogar, daß wenn es auch durch Arglist des Factors geschehen wäre, daß der dritte Vertragsschließer von der geschehenen Willenserklärung seines Principals nichts habe erfahren können; dennoch die Klage gegen den Gewerbherrn begründet seyn solle [66]), weil doch dieser sich immer noch eher gegen eine solche Betrügerey schützen kann, als der Contrahent, welcher in Rücksicht auf die Person und den Handlungscredit des Gewerbsherrn den Vertrag schließt [67]). Die Bekannt-

drücklich: *neque enim decipi debent contrahentes.* S. Tittmanns angef. Schrift. S. 18. ff.

65) *L. 34. §. 3. D. de solut.* Es ist hier eben so, als wenn der Gewerbsherr bey der Anstellung seines Factors die Bekanntmachung der Procura unterließ, und es hierdurch unmöglich machte, daß diejenigen, welche mit dem Factor contrahirten, den Umfang seiner Befugnisse kennen konnten, um sich mit ihm auf nichts mehr einzulassen, als was der Gewerbsvorschrift gemäß ist. Hier haftet auch der Präponent mit Recht für seine Schuld aus jedem Geschäft, welches der Factor nach der Natur und dem Wesen des ihm übertragenen Gewerbes unternommen hat, wenn auch schon sein Auftrag so weit nicht gieng. Denn jede heimliche Einschränkung der Procura ist, wie eine heimliche Zurücknahme derselben, für den Dritten nichtig. Ihre Wirkung erstreckt sich blos auf den Gewerbsherrn und seinen Factor. Siehe die Tittmannsche Abhandlung S. 3. ff.

66) *L. 11. §. 4. D. h. t.*

67) *§. 1. I. Quod cum eo, qui in aliena potest. L. 84. D. pro socio.*

machung der Zurücknahme des Auftrags muß nun eben so, wie die der Gewerbsvorschrift, in der Regel durch öffentliche Anschläge an dem Orte der Gewerbsführung [68]) und durch Briefe und Notificationen an die Geschäftsfreunde geschehen [69]). Diese Zurücknahme des Auftrags wird auch in der Regel von Seiten der Erben erfordert, weil, wie bereits oben bemerkt worden, der Tod des Präponenten an sich die Vollmacht des Factors nicht aufhebt. So lang daher diese noch nicht erfolgt ist, findet die Institorische Klage gegen die Erben statt, wenn Jemand auch erst nach dem Tode ihres Erblassers mit dem Factor contrahirt hätte [70]). Dies hat nun zwar nicht den mindesten Zweifel, wenn der Vertrag mit dem Factor geschlossen ward, nachdem die Erbschaft schon angetreten war, und es kommt auch dann gar nicht darauf an, der Vertragsschließer mag gewußt haben,

68) *L. 11. §. 3. D. eodem.* Proscribere palam sic accipimus, claris litteris unde de plano recte legi possit: ante tabernam scilicet vel ante eum locum, in quo negotiatio exercetur; non in loco remoto, sed evidenti. Litteris, utrum Graecis an Latinis? Puto secundum loci conditionem: ne quis causari possit ignorantiam litterarum. Certe si quis dicat, ignorasse se litteras, vel non observasse, quod propositum erat, cum multi legerent, cumque palam esset propositum, non audietur.

69) *L. 11. §. 5. D. eodem.* Sed si denunciavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri.

70) S. *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. t. cap. 4. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. RAMOS DEL MANZANO Comm. ad h. Tit. Cap. II. §. 7. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Dec. LIII. Th. 5. *ab* EYBEN de Factoribus Differt. I. Cap. 12. nr. VI. *Oper.* p. 285. Diff. II. Cap. 4. nr. XIII. p. 297. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. und WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. 6. §. 15. pag. 679.

ben, daß der Gewerbsherr gestorben sey, oder nicht. Denn lassen die Erben den Institor die Gewerbsverwaltung fortsetzen, so kann ja demjenigen durchaus nichts zur Last gelegt werden, der mit ihm in der noch fortdauernden Eigenschaft eines Factors contrahirt, weil sie ihn seines Dienstes hätten entlassen sollen, wenn sie dieß nicht gewollt hätten. Dieses findet sogar in dem Falle Statt, wenn der Erbe noch Pupill ist, und der Vormund den von desselben Erlasser angestellten Factor beybehalten hat, wie folgende Gesetzstellen lehren.

L. 11. *pr. D. h. t.* Sed si pupillus heres extiterit ei, qui praeposuerat, aequissimum erit pupillum teneri, *quamdiu praepositus manet*: removendus enim fuit a tutoribus, si nollent opera eius uti.

L. 17. §. 2. *D. eodem.* Si impubes patri, habenti institores, heres extiterit, deinde cum his contractum fuerit, dicendum est, in pupillum dari actionem *propter utilitatem promiscui usus* [71]): quemadmodum ubi post mortem tutoris, cuius auctoritate institor praepositus est, cum eo contrahitur.

Allein streitiger ist es, wenn der Vertrag mit dem Factor noch vor Antretung der Erbschaft war geschlossen worden, in wiefern dann die Institorische Klage gegen die Erben Statt finde? Es sind hier zwey Gesetzstellen, welche einander zu widersprechen scheinen.

L. 5.

71) Die Worte *propter utilitatem promiscui usus* erklären die meisten durch Begünstigung des Handels und gemeinen Verkehrs, favor commerciorum. S. RAMOS c. l. SCHULTING c. l. POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. X. not. e.

L. 5. §. 11. *D. h. t.* Si *ante aditam hereditatem* cum eo (sc. institore) contractum est., *ignoranti* dari institoriam actionem.

L. 17. §. 3. *D. eodem.* Eius contractus certe nomine, qui *ante aditam hereditatem* intercessit, etiamsi *furiosus* [72]) heres existat, dandam esse actionem etiam POMPO-

72) Das Wort *furiosus* will *Ant.* FABER in Rational. in hanc L. ausgestrichen wissen, weil ein Wahnsinniger keine Erbschaft antreten kann. *L. 63. D. de acquir. vel omitt. heredit.* Allein mit Recht hat dagegen *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LIII. Th. 6. erinnert, daß alle Schwierigkeit sich leicht heben lasse, wenn man einen solchen Fall unterstellt, wo der Rasende zur Zeit eines vernünftigen Zwischenraums die Erbschaft antrat. Ihm stimmt auch POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. X. not. c. bey. Ein Wegstreichen des bemerkten Worts erlaubt ohnehin weder die Auctorität der Florentine, noch der Basiliken, Tom. II. pag. 348. Es würde auch, wie *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad h. L. sehr richtig bemerkt, dadurch die Schwierigkeit bey weitem vergrößert werden. Denn wer sollte denn nun der Erbe seyn? Huber meint zwar, man könnte hier auch den Fall annehmen, wenn der Curator für den Wahnsinnigen um die bonorum possessio gebeten hat. *L. 1. D. de bon. poss. furioso etc. compet. L. ult. §. 3. Cod. de curator. furiosi.* Ich habe aber dabey nur das einzige Bedenken, daß diese B. P. als eine bloße decretalis, kein Erbrecht giebt; Paulus aber ausdrücklich sagt: *etiamsi furiosus* HERES EXISTAT. Man war zwar freylich vor Justinian über die Würkung der B. P furioso competentis uneins, wie aus *L. ult. Cod.* cit. zu ersehen ist. Es scheint aber doch schon vor Justinian diejenige Meinung die Oberhand behauptet zu haben, welche von ihm in der *L. ult. cit.* sanctionirt worden ist, wie auch Koch in seiner Schrift über die Bonor. possessio §. 7. S. 86. ff. dafür hält.

POMPONIUS ſcripſit: non enim imputandum eſt ei, *qui ſciens dominum deceſſiſſe*, cum inſtitore exercente mercem contrahat.

Nach dem erſten Fragment, welches die Meinung **Ulpians** enthält, ſcheint es, als ob die Inſtitoriſche Klage gegen die Erben nur dann Statt finde, wenn der Vertragsſchließer, unwiſſend, daß der Präponent geſtorben ſey, mit dem Factor deſſelben contrahirte. Nach der Meinung des **Paulus** hingegen, welche auch **Pomponius** hatte, wird die Klage zu Folge der andern Stelle auch dann gegen die Erben geſtattet, wenn gleich der Contrahent wußte, daß der Präponent nicht mehr am Leben ſey. **Anton Faber** 73) ſucht der Schwierigkeit durch eine Aenderung der Leſeart abzuhelfen. Er meint nämlich, man müſſe, ſtatt sciens, *neſciens* leſen. Allein auch davon abgeſehen, daß dieſe Emendation von aller Auctorität entblößt iſt, vielmehr die mit der gemeinen durchaus gleichlautende Leſeart der beſten Ausgaben, und die Auctorität der Baſiliken 74) gegen ſich hat; ſo iſt auch zu einer ſolchen Aenderung gar kein hinlänglicher Grund vorhanden, wie **Juſtus Meier** 75) und

73) Conjecturar. iuris civ. Lib. II. Cap. 11.

74) Tom. II. Lib. XVIII. Tit. 1. Conſtit. 17. § 3. Hier lauten die Worte ſo: Καὶ ἐπὶ τοῖς πρὸ τȣ ὑπεισελθεῖν τὴν κληρονομίαν συναλλάγμασιν ἐνέχεται ὁ κληρονόμος, ἐι μὴ καὶ μεμηνηκὼς ἔιη. οὔτε ἐγκαλεῖται ὁ ἐιδὼς ἀποθανεῖν τὸν δεσπότιν, καὶ συναλλάσσων τῷ πραγματευομένῳ πρωεςῶτι. i. e. *Eorum quoque contractuum nomine, qui ante aditam hereditatem interceſſerunt, heres tenetur, etiamſi* FURIOSUS *ſit; nec imputatur ei, qui* SCIENS *dominum deceſſiſſe, cum inſtitore, exercente mercem, contrahit.*

75) Ενδοξῶν Iuſtinian. Decad. V. Cap. 5.

und Ulrich Huber [76]) schon längst gegen Faber gezeigt haben. Der ganze Fehler liegt darin, daß Faber von dem Grundsatz ausgeht, eine Bevollmächtigung endige sich mit dem Tode des Gewaltgebers, und nun glaubt er, das müsse auch eben so bey dem Institor seyn, weil er doch auch nur als ein Bevollmächtigter seines Principals anzusehen sey. Da nun bey der Bevollmächtigung nur dasjenige, was der Mandatar aus einer verzeihligen Unwissenheit des Todes des Gewaltgebers gethan hat, der Billigkeit wegen als gültig anerkannt werden soll [77]); so könne also auch nur das wahr seyn, was Ulpian sagt. Allein daß die Gesetze hier *propter utilitatem promiscui usus* absichtlich von den Regeln, die sonst bey der Bevollmächtigung gelten, abgewichen sind, erhellet klar aus den oben angeführten Gesetzstellen. Mag nun auch Ulpian immerhin sagen, derjenige, welcher mit dem Factor, ohne zu wissen, daß sein Herr tod sey, vor Antretung der Erbschaft contrahirt hat, habe die Institorische Klage gegen den Erben, so folgt doch daraus noch nicht, daß die Klage unstatthaft sey, wenn der Vertragsschließer von dem Tode des Präponenten Wissenschaft hatte. Denn Paulus lehrt das Gegentheil. Ein neuer Beweis, wie behutsam die Argumentation a contrario bey der Erklärung der römischen Gesetze zu gebrauchen sey. Faber beruft sich zwar noch auf die *L.* 41. *D. de reb. credit.* wo ein Herr seinen Sklaven seinem Kalendarium d. i. dem Geschäft der verzinslichen Ausleihe und Erhebung seiner Gelder vorgesetzt hatte, und dieser nach dem Tode seines Herrn, ohne hiervon Wissenschaft erhalten zu haben, die Geldgeschäfte

76) Eunomia Rom. Lib. XIV. ad L. 17. §. 2. et 3. D. h. t. pag. 561. sqq.

77) §. 10. *I. de mandato.*

schäfte seines Herrn fortgeführt hatte. Hier werde nun ausdrücklich gesagt, die Schuldner, welche ihm Zahlung geleistet hätten, wären hierdurch zwar von ihrer Verbindlichkeit befreiet worden, aber doch nur insofern sie selbst nicht gewußt hätten, daß der Herr gestorben sey. Allein hieraus läßt sich gegen uns nichts beweisen. Denn hier trat der besondere im Gesetz angegebene Umstand ein, daß der Sklave von seinem Herrn im Testament war für frey erklärt und zum Miterben ernannt worden. Hierdurch also, und nicht durch den Tod des Herrn an sich, ward hier die Geschäftsverwaltung des Sklaven geendigt [78]. Denn ein solcher Sklave, den sein Herr instituirt hatte, war gleich von dem Augenblick des Todes seines Herrn an ipso iure frey und Erbe, ehe er es noch selbst wußte, und ehe noch das Testament eröfnet war [79].

Der Gewerbsherr selbst kann jedoch nach der Strenge des Rechts gegen den Dritten, welcher mit dem Factor contrahirt hat, anders nicht klagen, als wenn entweder der institor eine unter desselben Gewalt stehende Person ist, oder der Präponent von dem Institor keine Befriedigung erhalten kann. In dem ersten Falle klagt er dann actione directa, in dem andern actione utili ex contractu [80].

Ausser-

78) S. *Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tractat. VIII. ad L. penult. D. de reb. credit. RAMOS *del* MANZANO Cap. II. §. 9. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. c. l. §. 3. pag. 562.

79) *L. 58. D. de acquir. vel omitt. heredit.*

80) Einige nennen die Klage gegen den Dritten actio quasi institoria ex contractu, die dem Präponenten zusteht, wenn der Factor nicht in desselben Gewalt ist, und er sich an demselben nicht erholen kann. S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. Th. 5. §. 1403. S. 309.

Ausserdem muß er sich eigentlich und zunächst an seinen Factor halten, und gegen diesen actione mandati oder negotiorum gestorum oder auch actione locati klagen, daß er ihm die aus dem geschlossenen Geschäft erworbene Klage cedire[81]). Ulpian lehrt dieses bestimmt, wenn er *L.* 1. *D. h. t.* sagt: Sed non idem facit (sc. Praetor) circa eum, qui institorem praeposuit, ut experiri possit: sed siquidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus, adquisitis sibi actionibus: si autem vel alienum servum, vel etiam hominem liberum, actione deficietur. Ipsum tamen institorem vel dominum eius convenire poterit vel *mandati*, vel *negotiorum gestorum*. MARCELLUS autem ait, debere dari actionem ei, qui institorem praeposuit, in eos, qui cum eo contraxerint. Die hier angeführte Meinung des Marcellus wird jedoch durch das folgende Fragment limitirt. *L.* 2. *D. eodem* sagt nämlich: Eo nomine, quo institor contraxerit: *si modo aliter rem suam servare non potest.* Allein heut zu Tage kann der Präponent ohne weiteres aus dem Contract gegen den Dritten mit der actio utilis klagen[82]), wie auch bereits oben (§. 882.) bey der actio exercitoria bemerkt worden ist.

81) S. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. IV. not. c. *ab* EYBEN de factoribus Diss. II. Cap. 8. pag. 303. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 12.

82) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 1149. Not. 1. S. 1111.

Lib. XIV. Tit. IV.

De tributoria actione.

§. 894.

Begriff und besondere Natur der *actio tributoria*.

Ganz verschieden von der Exercitorischen und Institorischen Klage ist III. die *actio tributoria* [83]). Jene Klagen hatten Statt, wenn die Direction der Handelsgeschäfte einem Factor übertragen worden ist; der sie für Rechnung und im Namen seines Herrn führt. Allein diese Klage setzt voraus, daß eine unter der Gewalt eines Familienhaupts stehende Person mit Wissen und ohne Widerspruch ihres Herrn oder Vaters selbst und im eigenen Namen ein Gewerbe treibt. Dort ist also von einer merx dominica, hier von einer merx peculiaris die Rede [84]). Wenn nämlich Jemand einer Person, die unter seiner väterlichen oder herrschaftlichen Gewalt steht, ohne Unterschied des Geschlechts, erlaubt, Handelschaft zu treiben, er habe ihr nun entweder

83) Von dieser Klage handeln *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Pand. *Oper.* pag. 981. sqq. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. *Oper.* T. II. pag 334. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. und *Nic. Guil.* DRESSEL in Diss. de actionib. adjectit. qualitatum. Cap. 5.

84) *L. 11. §. 7. D. de institor. act.*

weder ein Pekulium dazu gegeben, oder sie habe sich den Fonds durch ihren Fleiß und Arbeit dazu erworben; sie macht aber nachher einen Bankerott; so verordnet der Prätor in seinem Edict [85]), der Vater oder Herr solle die Gläubiger zusammenberufen, und mit ihnen, sofern er selbst an die Handlung Forderungen hat, ohne sich jedoch hier auf das ihm sonst wegen des peculii profectitii zustehende privilegium deductionis berufen zu dürfen, die noch vorhandenen Handlungswaaren, und was sonst noch aus deren Verkauf vorhanden ist, oder als Guthaben aussteht, ja sogar auch dasjenige, was bloß zur Einrichtung des Kausladens angeschafft worden (instrumentum tabernae), verhältnißmäßig theilen. Verweigert er diese Theilung arglistig, oder er hat bey der vorgenommenen Theilung betrügerisch gehandelt, und einen größern Theil seiner Forderung für sich abgezogen, als er den übrigen Gläubigern zugetheilt hat; so giebt der Prätor den Gläubigern die *actio tributoria*. Jedoch kann die Klage dadurch abgelehnt werden, wenn der Herr oder Vater den Gläubigern das ganze Waarenlager überläßt. Dann wird aber der Richter ins Mittel treten, und die Concursmaße unter die Gläubiger verhältnißmäßig vertheilen. Folgende Gesetzstellen werden das Gesagte bestätigen.

§. 3.

85) Ger. NOODT in Comm. ad Dig. h. t. hat die Worte des Edicts auf folgende Art hergestellt: *Si is, qui in aliena potestate esse dicitur, eo sciente in peculiari merce negotiatus erit, eo nomine iudicium dabo, ut quod in ea merce erit, quodque ex ea receptum erit, ab eo, in cuius potestate erit, singulis pro rata portione tribuatur; item si eius dolo malo factum erit, quominus tributum esse dicatur, quam debuerit, iudicium dabo, ut id praestetur.*

§. 3. *I. Quod cum eo, qui in aliena poteſt.* Introduxit et aliam actionem Praetor, quae *tributoria* vocatur. Namque ſi ſervus in peculiari merce, ſciente domino, negotietur, et quid cum eo, eius rei cauſa, contractum erit: ita Praetor ius dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, ſi quid ei debebitur, et caeteros creditores pro rata portione diſtribuatur: et ideo *tributoria* vocatur, quia ipſi domino diſtributionem Praetor permittit. Nam ſi quis ex creditoribus queratur, quaſi minus ei tributum ſit, quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quae *tributoria* appellatur. Zur Erläuterung dieſer Stelle verdient die griechiſche Paraphraſe des Theophilus verglichen zu werden, welche ich hier nur nach der Reitziſchen Ueberſetzung beyfügen will. *Excogitavit et aliam Praetor actionem, quae* TRIBUTORIA *vocatur. Nam ſi ſervus meus circa peculiares merces ſuas negotiatus fuerit, neque iuſſu meo, neque me eum praeponente, attamen ſciente et non contradicente, cumque eo contractus ſit celebratus, Praetor ſic de eo ius reddit: nam ſi evenerit, ut diverſis debeat perſonis, ſed et mihi domino debeat, (quod autem debere eum dixi, naturaliter intelligendum, non legitime) ac ſervus advenerit, merces ſecum habens: creditores Praetorem adeunt, et is cogit dominum merces in medium proferre, et ſi quid ex mercibus divenditum, ac pecunia inde redacta fuerit, etiam hanc pro rata inter ſe et reliquos creditores diſtribuere. Sin autem ipſe dominus, cui mercium diſtributio permiſſa eſt, quasdam ex iis ſubtraxerit, neque omnes in medium protulerit, et creditorum aliquis veniat querens ac dicens, pauciores merces, quam quae a ſervo ex illa negotiatione adlatae fuerint, in medium veniſſe, dabi-*

tur ei adversus dominum actio TRIBUTORIA: *per quam cogetur, quamcunque mercem occultaverit, in medium proferre. Dicitur autem* TRIBUTORIA (*sive divisoria*) *a verbo* DISTRIBUERE, *quod est dividere.*

L. 1. *pr. D. h. t.* Huius quoque Edicti non minima utilitas est: ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum *de peculio* duntaxat teneatur, cuius peculii aestimatio, *deducto, quod domino debetur,* fit) tamen, *si scierit servum peculiari merce negotiari,* velut extraneus creditor ex hoc Edicto *in tributum* vocatur.

§. 1. *eiusd. L.* Licet MERCIS appellatio angustior, ut neque ad servos, fullones, vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarios pertineat, tamen PEDIUS *libro XV.* scribit, ad *omnes negotiationes* porrigendum Edictum.

§. 2. *Peculiarem* autem *mercem* non sicuti *peculium* accipimus: quippe PECULIUM deducto, quod domino debetur, accipitur; MERX PECULIARIS, etiamsi nihil sit in peculio [86]), dominum tributoria obligat, ita demum, si *sciente eo* negotiabitur.

§. 3. SCIENTIAM hic eam accipimus, quae habet et voluntatem. Sed (ut ego puto) non voluntatem, sed *patientiam:* non enim velle debet dominus, sed *non nolle.* Si igitur *scit,* et *non protestatur,* et *contradicit,* tenebitur *actione tributoria.*

§. 4. POTESTATIS verbum *ad omnem sexum,* item ad omnes, *qui sunt alieno iuri subiecti,* porrigendum erit.

L. 5.

86) In den Scholien der Basiliken Tom. II. pag. 359. wird dies so erklärt: *licet id, quod domino debetur, peculium absumat.*

L. 5. §. 2. *D. eodem.* Sed et ſi *ancilla* negotiabitur, admittendam tributoriam dicimus.

L. 2. *D. eodem.* Ut tamen merx, qua peculiariter negotietur, ad nos pertineat [87]).

L. 5. § 4. *D. eodem.* MERCIS NOMINE merito adiicitur, ne omnis negotiatio, cum eo facta, tributoriam inducat.

§. 5. Per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce, et quod eo nomine receptum eſt.

§. 6. In tributum autem vocantur, qui in poteſtate habent, cum creditoribus mercis.

§. 7. Sed eſt quaeſitum, dominus utrum ita demum partietur ex merce, ſi quid ei mercis nomine debeatur, an vero et ſi ex alia cauſa? et LABEO ait, *ex quacunque cauſa ei debeatur*; parvique referre, ante mercem, an poſtea ei debere quid ſervus coeperit: ſufficere enim, *quod privilegium deductionis perdidit.*

L. 5. §. 11. *D. h. t.* Non autem *totum peculium* venit in tributum, ſed id duntaxat, *quod ex ea merce eſt*; ſive merces manent, ſive pretium earum receptum, converſumve eſt in peculium.

§. 12. Sed et *ſi adhuc debeatur mercis nomine a quibusdam*, quibus ſolebat ſervus diſtrahere, hoc quoque *tribuetur*, prout fuerit receptum.

§. 13.

87) Der Vater mag entweder dem Sohne die Waaren zu seinem eigenen Gewerbe angeschafft, oder der Sohn sich selbst durch seinen Fleiß und Arbeiten den Fonds zu seiner Handlung erworben haben. S. *Tit. Inſt. Per quas perſonas nobis acquir.*

§. 13. Si praeter mercem ſervus iſte *in taberna habeat inſtrumentum*, an hoc quoque tribuatur? Et LABEO ait, *et hoc tribui:* et eſt aequiſſimum. *Plerumque enim hic apparatus ex merce eſt; immo ſemper.* Caetera tamen, quae extra haec in peculium habuit, non tribuentur: utputa argentum habuit, vel aurum: *niſi ſi haec ex merce comparavit.*

§. 19. Tributio autem fit *pro rata eius, quod cuique debeatur.*

L. 6. D. eodem. Non enim haec actio, ſicut de peculio, occupantis meliorem cauſam facit, *ſed aequalem conditionem quandoque agentium.*

L. 7. §. 1. D. eod. Quid tamen, ſi dominus tribuere nolit, nec hanc moleſtiam ſuſcipere: ſed peculio vel mercibus cedere paratus ſit? *Pedius* refert, audiendum eum. Quae ſententia habet aequitatem: et plerumque arbitrum in hanc rem Praetor debebit dare, cuius interventu tribuantur merces peculiares.

§. 3. Si cuius *dolo malo* factum eſt, quominus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum ſit, quam debuerit, praeſtet: *quae actio dolum malum coercet domini. Minus* autem *tribuere* videtur, etiam *ſi nihil tributum ſit.* Si tamen ignorans in merce ſervum habere, minus tribuit, non videtur dolo minus tribuiſſe.

§. 3. Sed et ſi mercem perire paſſus eſt, aut eam avertit, aut vilioris data opera diſtraxit; vel ſi ab emtoribus pretium non exegerit: dicendum erit, teneri eum tributoria, *ſi dolus intervenit.*

§. 4.

§. 4. Sed et si *negaverit dominus cuiquam deberi*, videndum erit, an tributoriae locus sit? Et est verior LABEONIS sententia, *tributoriam locum habere*, alioquin expediet domino negare.

L. 12. D. eodem. JULIANUS *lib. 12. Digestorum* respondit, *Tributoria actione* tunc demum agi potest, *cum dominus, in distribuendo pretio mercis, Edicto Praetoris non satisfecit: id est, cum maiorem partem debiti sui deduxit, quam creditoribus tribuit:* veluti si, cum in merce triginta fuissent, in quam ipse quidem quindecim crediderat, duo autem extranei triginta, tota quindecim deduxerit, et creditoribus reliqua quindecim dederit: cum deberet sola decem deducere, extraneis dena tribuere.

Aus diesen Stellen ergiebt sich also folgender Begriff. Die **Tributorische Klage** ist diejenige prätorische Personalklage, welche den Gläubigern, die mit einer unter väterlicher oder herrschaftlicher Gewalt stehenden, und mit Wissen und ohne Widerspruch des Vaters oder Herrn, nicht in der Eigenschaft eines Factors, sondern im eigenen Namen Handelschaft treibenden Person, in Rücksicht dieses Verkehrs contrahirt haben, als eine adiectitia qualitas gegen den Vater oder Herrn zusteht, und dahin gerichtet wird, den Beklagten, wenn er die Theilung der noch vorhandenen Handelswaaren arglistig verweigert, rechtlich anzuhalten, daß er diese Waaren, und was dazu gehört, verhältnißmäßig unter sie vertheile, und sie wegen ihrer Forderungen daraus befriedige, oder im Falle einer vorgenommenen ungleichen Theilung, dasjenige herausgebe, oder ersetze, was der Kläger durch den Dolus des Beklagten zu wenig erhalten hat.

Mel-

Meldet sich vor der Hand nur ein Gläubiger, und verlangt, daß ihm seine Forderung ganz zugetheilt werde; so kann er sie zwar erhalten. Er muß aber Caution leisten, daß er, falls sich etwa nachher noch mehrere Gläubiger finden sollten, das Zuvielerhaltene wieder herausgeben wolle [88].

Fast alle sagen, die actio tributoria gehe nur auf Abänderung einer ungleichen Theilung [89]. Cujaz [90] erklärt daher die *actio tributoria* durch correctio iniquae tributionis mercium peculiarium, a patre vel domino factae dolo malo inter eum, et alios mercium creditores, in quibus filiusfamilias vel servus negotiabatur sciente eo. Allein die angeführten Gesetzstellen, und auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase lehren ganz bestimmt, daß die Klage auch auf die Theilung selbst gerichtet werden konnte, wenn sie der Herr oder Vater arglistig verweigerte, wie auch Doneau [91], Dua=

88) *L. 5. §. 19. D. h. t.* Si unus creditor veniat, desiderans tribui integram portionem, consequitur; sed quoniam fieri potest, ut alius quoque vel alii existere possint, mercis peculiaris creditores, cavere debet creditor iste, *pro rata se refusurum, si forte alii emerserint creditores.*

89) VINNIUS, *Ianus a* COSTA, *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 3. I. Quod cum eo, qui in aliena potest. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Decad. LIII. Th. 7. et 8. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 7. §. 6. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXVIII. Th. 23. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XV. not. a. pag. 411. DRESSEL cit. Diss. Cap. V. §. 1. u. a. m.

90) Paratitla in libros L. Digestor. h. Tit.

91) DONELLUS in Comm. ad Tit. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest. est. nr. 7.

Duaren [92]), Voet [93]), Wesenbec [94]), Müller [95]), Emminghaus [96]) und Thibaut [97]) ganz richtig behaupten.

Darin sind jedoch, mit Zustimmung der angeführten Gesetze, alle einverstanden, daß diese Klage immer einen Dolus von Seiten des Beklagten voraussetzt. Daher geht sie auch gegen die Erben nach dem röm. Recht nur insoweit, als sie durch den Betrug ihres Erblassers bereichert worden sind [98]). Denn man betrachtet sie als eine actio ex delicto [99]), wenn sie gleich dem Gegenstande

92) Comm. ad h. Tit. cap. 3.

93) Comment. ad Pand. h. t. §. 4.

94) Comm. ad Pand. h. tit.

95) Ad *Struvium* Ex. XX. Th. 43. not. *α*.

96) Ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 1. not. b.

97) System des Pand. R. 1. Band §. 370.

98) *L. 7. §. 5. D. h. t.* Haec actio et perpetuo et *in heredem* datur de eo duntaxat, *quod ad eum pervenit.*

99) Viele halten zwar die actio tributoria für eine actio ex contractu. S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 7. §. 5. D. h. t. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XX. Th. 43. not. *γ*. ECKOLT Compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. 2. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. c. u. Schmidt Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 1428. Allein die *L. 8. D. h. t.* enthält keinen hinlänglichen Beweis für diese Meinung. Denn wenn es daselbst heißt: *Quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet.* Quare etiam mortuo servo dominus, item heres eius, perpetuo teneri debebit, propter factum defuncti: *quamvis non aliter, quam dolo interveniente, competat*; so ist der Sinn dieser Stelle in Verbindung mit der vorhergehenden blos der, wenn gleich die actio tributoria einen Dolus von

stande nach nur persecutorisch ist. Nach den Grundsätzen des heutigen Rechts findet aber die Klage gegen die Erben schlechthin statt, soweit nämlich die Erbmaße zureicht [100]). Dies gilt jedoch nur in dem Falle, wenn der Erbe ex dolo defuncti belangt wird. Denn wegen seines eigenen Dolus haftet natürlich der Erbe unbedingt [1]). Gegen den successor singularis hat jedoch die Tributorische Klage nicht Statt, wohl aber die actio de peculio [2]).

Ist bey der Vertheilung blos ein Versehen vorgegangen, wodurch die Ungleichheit verursacht wurde, so ist die actio tributoria nicht anwendbar, sondern der Verletzte muß seine Entschädigung an dem suchen, welcher zuviel empfing [3]).

Die actio tributoria kommt jedoch noch in einer andern besondern Beziehung vor, welche uns Ulpian *L.* 5.

von Seiten des Beklagten voraussetzt, so habe sie doch nicht die Eigenschaft der actio doli specialis, sie sey daher weder, wie diese, eine actio temporalis, noch famosa. Man vergleiche nur hierüber die *Basilica* T. II. pag. 356. Const. 8. WISSENBACH Exercitat. Disput. XXVIII. Th. 23. COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 2. und POTHIER Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XIX. not. g.

100) S. KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 14.

1) *L. 9. §. 2. D. h. t.* Totiens enim in heredem damus de eo, quod ad eum pervenit, quotiens *ex dolo defuncti* convenitur, non quotiens *ex suo*.

2) *L. 10. D. h. t.*

3) S. VOET Comm. h. t. §. 5. und Thibaut Syst. des P. R. 1. B §. 370.

L. 5. §. 15. *et* 16. *D. h. t.* lehrt. Wenn nämlich der filiusfamilias oder Knecht mehrere verschiedene Handlungen getrieben hat, so können die Creditoren einer jeden einzelnen Handlung mittelst der gedachten Klage auf Separation dringen, und verlangen, daß sie aus dem Vorrathe derjenigen Waarenhandlung befriediget werden, in Rücksicht deren sie ihm creditirt haben. Er sagt nämlich: Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in iisdem confundendi erunt, et omnes in tributum vocandi: utputa, *duas negotiationes exercebat*, puta *sagariam* 4), et lintеariam, et separatos habuit creditores? Puto *separatim eos in tributum vocari:* unusquisque enim eorum merci magis, quam ipsi, credidit. — Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit, et ego fui tabernae (verbi gratia) quam ad *Bucinum* 5) habuit, ratiocinator, alius quam trans Tiberim: aequissimum puto, separatim tribu-

4) *Negotiatio sagaria* heißt ein Handel, der mit einer gewissen Art Kleidung getrieben wurde, welche die Römer *sagum* nannten. Man verstand darunter ein dichtes Gewand, oder Mantel aus Wolle, dessen sich die Römer, als einen Ueberrock, wider die rauhe Witterung bedienten. Besonders aber nannte man *Sagum* die Kriegskleidung der Soldaten im Felde. S. SUETONIUS *in Aug. c. 26.* CAESAR *de B. C. I. 75.* SILIUS *XVII. 531.* und Adams Handbuch der Röm. Alterthümer. 2. Th. S. 668. u. 763.

5) Die Florentinische Ausgabe lieset *Hucinum.* Allein schon Taurelli hat am Rande die richtigere Leseart bemerkt. Es scheint ein Ort zu Rom dißseits der Tiber gewesen zu seyn. S. Brenkmans Bemerkung in dem Gebauerischen Corp. iuris.

tributionem faciendam: *ne ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant* [6]).

Haben hingegen unter den Gläubigern einige dem Sohn oder Sklaven namentlich Gelder zur Anschaffung der Waaren creditirt, so können sie an diesen Waaren, wenn sie auch noch in Natur vorhanden wären, kein Vorzugsrecht behaupten, und daher nicht verlangen, daß solche allein zu ihrer Befriedigung angewendet werden, wofern sie ihnen nicht besonders verpfändet worden sind. Sie gehören also mit zu der zu vertheilenden Masse [7]). Ein Anders ist es, wenn Gläubiger Waaren geliefert haben, ohne auf Credit gehandelt zu haben. Diesen kommt unstrei-

6) *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LIII. Th. 9. glaubt, diese Vorschrift habe nur bey Sklaven Statt gefunden. Denn sie habe in dem besondern Zustand derselben ihren Grund, weil Sklaven im Sinn des Civilrechts keine Personen gewesen wären. Es sey also kein Gebrauch davon zu machen, wenn man einer freyen Person in einem solchen Falle, da sie mehrere Negotiationen trieb, creditirt habe. Allein der in *L. 5. §. 16. in fin. h. t.* angeführte Grund ist ganz allgemein. Es hat daher keinen Zweifel, daß sie auch bey filiisfamilias anwendbar sey. Man sehe *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 5. §. 15. D. h. t. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. *Io.* SCHILTER Prax. Iur. Rom. Ex. XXVII. §. 51. und besonders *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 7. et 8. wo man jene Meinung ausführlich widerlegt finden wird. Hiermit stimmt auch COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. überein. Die Gründe pro und contra hat EMMINGHAUS not. d. u. e. hinzugefügt.

7) *L. 5. §. 17. D. h. t.* Plane, si in eandem tabernam merces deferebantur, licet hae, quae existent, ex unius creditoris pecunia sint comparatae, dicendum erit, omnes in tributum venire, nisi fuerint creditori pigneratae.

unstreitig ein Vindicationsrecht zu, weil das Eigenthum derselben vor der Bezahlung des Kaufgeldes nicht übergegangen ist [8]). Auch gehen diejenigen Gläubiger vor, die sich auf den Waaren ein Pfandrecht haben geben lassen [9]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Tributorische Klage nur eigentlich die Waaren zum Gegenstande hat, mit denen Handelschaft getrieben worden ist, und was etwa, wie schon oben bemerkt wurde, noch dahin zu rechnen ist. Sie geht also nicht auf das ganze Pekulium, welches der handelnde Sohn oder Sklave von dem empfing, unter dessen Gewalt er steht. Hierdurch unterscheidet sich diese Klage von der *actio de peculio*, welche auf das ganze Pekulium geht, worunter denn auch natürlich die Handelswaaren mit begriffen sind. Nun kann vielleicht nur die Hälfte des Pekuliums auf das Waarenlager verwendet seyn, oder vielleicht noch weniger. Der Herr oder Vater kann vielleicht auch gar nichts zu fordern haben, so daß der Kläger auch von dem sonst bey der actio de peculio dem Vater oder Herrn zustehenden Vorzugsrechte nichts zu besorgen hat. Daher kann es zuweilen besser seyn, de peculio, als tributorisch zu klagen, wie uns Cajus *L. 11. D. h. t.* belehrt, wenn er sagt: Aliquando etiam agentibus expedit

8) *L. 5. §. 18. D. eodem.* Sed si dedi mercem meam vendendam, et extat, videamus, ne iniquum sit, in tributum me vocari? et siquidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit: enimvero si non abiit, quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto, vel fideiussore dato, vel alias satisfacto, dicendum erit, *vindicare* me posse.

9) *L. 5. §. 8. D. eodem.*

dit potius *de peculio* agere, quam *tributoria.* Nam in *hac actione,* de qua loquimur, hoc solum in divisionem venit, *quod in mercibus est, quibus negotiatur;* quodque eo nomine receptum est: at in *actione de peculio* totius peculii quantitas spectatur, in quo et merces continentur: et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii, aut tertia vel etiam minore negotietur: fieri praeterea potest, ut patri dominove nihil debeat. Daher erklärt sich denn auch, wenn Ulpian *L.* 9. §. 1. *D. eodem* sagt, beyde Klagen concurrirten electivisch, so daß die eine Klage durch Anstellung der andern aufgehoben werde, es müßte denn etwa jede derselben wegen anderer Puncte (ex alia causa) angestellet worden seyn.

§. 895.

Heutiger Gebrauch dieser Klage.

Ueber die heutige Anwendbarkeit dieses Titels sind die practischen Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Einige [10]) wollen der Tributorischen Klage allen heutigen Gebrauch absprechen. Sie sagen, Römische Sklaven haben wir in Teutschland nicht mehr, und unsere Söhne, wenn sie in eigenem Namen Handelschaft treiben, werden hierdurch auch von der väterlichen Gewalt befreiet, und sind gleichsam für stillschweigend emancipirt zu halten, oder wenn auch dieses nicht überall der Fall seyn sollte, so wird sich doch Niemand leicht mit ihnen in Geschäfte einlassen, bevor

10) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 7. *Ge.* BEYER Delineat. iuris civ. h. t. pag. 295. BOEHMER Doctr. de actionibus Sect. II. cap. 10. §. 17. not. s. DRESSEL Diss. de actionib. adjectitiar. qualitatum. Cap. V. §. 5. u. a. m.

bevor sie nicht gewaltfrey geworden sind. Dagegen hat nun zwar Cocceji [11]) nicht ohne Grund erinnert, daß Treibung eines Gewerbes an sich auch heut zu Tage die väterliche Gewalt nicht aufhebe, wenn nicht die Anstellung einer eigenen Haushaltung noch hinzukommt. Allein es steht noch ein anderer wichtigerer Grund den Vertheidigern jener Meinung zur Seite, nämlich daß die Tributorische Klage, welche dem Vater die Vertheilung des noch vorhandenen Waarenlagers seines Sohns unter die Gläubiger gestattete, eine Folge der richterlichen Gewalt war, welche der Vater bey den Römern vermöge der väterlichen Gewalt über seine Kinder ausüben konnte, und welche dagegen bey den Teutschen ganz unerhört ist [12]). Sollte daher auch ein Sohn heut zu Tage während der väterlichen Gewalt Handelschaft treiben, und er macht einen Bankerott; so wird der Richter den Concurs eröfnen, und die Austheilung der Masse keinem Andern überlassen. So urtheilen Westphal [13]), Höpfner [14]) und Emminghaus [15]). Alles beweißt indessen doch nur so viel, daß der Gebrauch der Tributorischen Klage heut zu Tage seltener sey, als er bey den Römern war. Demohngeachtet kann man den Grundsätzen dieses Titels nicht alle Anwendung absprechen, wie auch Schilter [16]), Stryk,

11) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

12) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 138. S. 275.

13) Teutsches Privatrecht. 2. Th. Abh. 49. §. 1. S. 96.

14) Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 1152.

15) Ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 4. Not. g.

16) Prax. iuris Rom. Exerc. XXVII. §. 47.

Stryk [17]), Müller [18]) und Schmidt [19] nicht ohne Grund bemerkt haben. Man setze z. B. den Fall, der Vater hätte seinem Sohne eine Handlung etablirt, welche dieser, ohne sich von dem Vater zu trennen, während der väterlichen Gewalt in eigenem Namen führte. Er macht aber einen Bankerott. Die Gläubiger, zur Vermeidung der Kosten, verlangen von den Vater, daß er, gleichsam als arbiter, die Waaren mit ihnen theile. Wie wenn der Vater arglistig eine ungleiche Theilung gemacht hätte; sollte die tributorische Klage nicht noch jetzt anwendbar seyn? Daß indessen die Grundsätze dieses Titels doch mit Behutsamkeit anzuwenden sind, zeigt Struben [20]) durch das Beyspiel der *L.* 5. §. 15. *et* 16. *D. h. t.*

17) Us. mod. Pand. h. t. §. 1.

18) Systema Pandect. P. III. Tit. XI. §. 938.

19) Theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Band §. 1432. S. 340. f.

20) Rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 108.

Lib. XIV. Tit. V.

Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicetur.

§. 896.

In wiefern kann eine unter der Gewalt eines Familienhaupts ſtehende Perſon aus ihren Contracten ſelbſt belangt werden? und in wiefern findet eine Klage gegen den Paterfamilias ſtatt?

Wer mit einer unter der Gewalt eines Familienhaupts ſtehenden Perſon einen Contract ſchließt, hat, auſſer den bisher erklärten Klagen, noch manche andere gegen denjenigen, in deſſen Gewalt ſich dieſe Perſon befindet. Er kann bald mit der *actio quod iuſſu*, bald mit der *actio de in rem verſo*, und wenn alle Klagen nicht hinreichen, mit der *actio de peculio* klagen. Omnia enim Proconſul agit, ſagt Cajus *L.* 1. *D. h. t.* ut, qui contraxit cum eo, qui in aliena poteſtate ſit, etiamſi deficient ſuperiores actiones, id eſt *exercitoria*, *inſtitoria*, *tributoriave*, nihilominus tamen, in quantum ex bono et aequo res patitur, ſuum conſequatur. Sive enim *iuſſu eius*, cuius in poteſtate ſit, negotium geſtum fuerit, *in ſolidum* eo nomine iudicium pollicetur: ſive non iuſſu, ſed tamen *in rem eius verſum fuerit*, eatenus introducit actionem, *quatenus in rem eius verſum fuerit:* ſive neutrum eorum ſit, *de peculio actionem* conſtituit. Es fragt ſich aber in

wiefern die Person selbst belangt werden könne, mit der man contrahirt hat? Das römische Recht macht einen Unterschied, ob es ein Sklave, oder ein Sohn vom Hause ist. Im ersten Falle entstand zwar aus einem solchen Geschäft eine obligatio naturalis [21]); allein eine Klage hatte weder nach dem Civil- noch nach dem Prätorischen Rechte gegen den Sklaven, auch nicht einmal nach erfolgter Manumission desselben, statt [22]). Nur gegen den Herrn desselben konnte nach dem iure praetorio mit der actio de peculio geklagt werden [23]). In dem letztern Falle verhielt sich die Sache ganz anders. Ein filiusfamilias wurde im Verhältniß zum Staat als eine rechtsfähige Person anerkannt, dahingegen der römische Sklave für bürgerlich tod gehalten wurde [24]). Erster kann daher nicht nur alle Arten von Contracten, nur das Geldbarlehn ausgenommen, gültig schliessen, sondern auch daraus sowohl während der väterlichen Gewalt, als nach deren Aufhebung gerichtlich belangt werden [25]). Er braucht auch nicht einmal die Großjährigkeit erreicht zu haben, um ein Geschäft schließen zu können. Es ist genug, wenn er nur wenigstens Pubes ist. Cajus sagt dieses ausdrücklich *L.* 141. §. 2. *D. de Verb. obligat.* wo

21) *L. 14. D. de obligat. et action.*

22) *L. 17. D. de negot. gest. L. 1. et tot. tit. Cod. An servus pro suo facto post manumissionem teneatur.* S. DONELLUS in Comm. ad Tit. hunc Cod. n. 62. und diesen Commentar 2. Th. §. 119. S. 141.

23) *L. 41. D. de peculio.*

24) S. diesen Commentar 2. Th. §. 132. S. 231. u. f.

25) *L. 39. D. de obligat. et act.* Filiusfamilias ex omnibus caussis tanquam paterfamilias obligatur, et ob id agi cum eo, tanquam cum patrefamilias, potest.

wo es heißt: *Pupillus*, licet, ex quo fari coeperit, recte ſtipulari poteſt; tamen, ſi in parentis poteſtate eſt, *ne auctore quidem patre* obligatur: PUBES vero, *qui in poteſtate eſt*, proinde, *ac ſi paterfamilias*, obligari ſolet. Von den Contracten ſolcher Perſonen, die noch unter der väterlichen Gewalt ſtehen, iſt nun beſonders in dieſem Titel die Rede. Hat alſo Jemand mit einem filiusfamilias contrahirt, ſo bekommt er dadurch zwey verſchiedene Schuldner, an die er ſich halten kann. Gegen den Sohn kann er nach dem Civilrecht aus dem geſchloſſenen Contract auf das Ganze klagen, wenn ihm auch der Vater das Pekulium wieder genommen hätte; gegen den Vater aber findet nach dem prätoriſchen Rechte nur *actio de peculio* ſtatt, ſoweit nämlich das Pekulium nach Abzug deſſen, was dem Vater daran gebührt, zur Befriedigung des Gläubigers zureicht. Folgende Geſetzſtellen ſind hier merkwürdig.

L. 44. *D. de peculio.* Si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores: filium *in ſolidum*, et patrem duntaxat *de peculio*.

L. 45. *D. eodem.* Ideoque, ſi pater filio peculium ademiſſet, nihilo minus creditores *cum filio* agere poſſunt.

L. 9. §. 2. *ſqq. D. eodem.* Peculium autem, deducto, quod domino, vel patri debetur, computandum eſt.

Es ſind nun, wenn der Gläubiger gegen den Sohn klagt, zwey Fälle zu unterſcheiden.

A. Der Gläubiger klagt, während der Sohn noch in der väterlichen Gewalt iſt. Dann hat der Sohn entweder

ein eigenes, von dem Rechte des Vaters ganz unabhängiges und freyes Vermögen, wovon er Zahlung leisten kann, oder nicht. In dem ersten Falle kann auch die Execution noch während der väterlichen Gewalt vollstreckt werden. Ist jedoch der Schuldner noch minderjährig, und durch den Contract, aus welchem er belangt wird, verletzt worden; so kann er dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, welche jedoch nur dem Sohne, nie aber dem Vater zu statten kommt, wie aus folgender Stelle **Ulpians** zu ersehen ist.

L. 3. §. 4. *D. de minorib.* Ego autem verissimam arbitror sententiam existimantium, *filiumfamilias minorem annis* in integrum restitui posse ex his solis causis, quae ipsius intersint: puta, *si sit obligatus.* Proinde si iussu patris obligatus sit: pater utique poterit *in solidum* conveniri; filius autem (cum et ipse possit, *vel in potestate manens conveniri,* vel etiam *emancipatus*, vel exheredatus, *in id*, *quod facere potest*: et quidem *in potestate* manens, *etiam invito patre ex condemnatione conveniri*) auxilium impetrare debebit, si ipse conveniatur. Sed an hoc auxilium patri quoque prosit, ut solet interdum fideiussori eius prodesse, videamus: et non puto profuturum. Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium: si patrem conveniat creditor, auxilium cessat, *excepta mutui datione* [26]): in hanc enim, si *iussu patris* mu-

26) Die Ausnahme, welche hier **Ulpian** in Ansehung des Darlehns macht, hat den Auslegern ungemein viel Schwierigkeit verursacht. **Cujaz** weiß sich dieses besondere Recht anders nicht zu erklären, als so, weil diejenigen, welche einem filiusfamilias Geld borgen, schon durch das SCtum Macedonianum genug

mutuam pecuniam accepit, non adiuvatur. Proinde et si *sine iussu patris* contraxit, *et captus est*: si quidem pater *de peculio* conveniatur, filius non erit restituendus; si filius conveniatur, *poterit restitui.* In dem letztern Falle aber, da der Sohn kein eigenes freyes Vermögen besitzt, findet zwar dennoch die Klage, auch schon während der väterlichen Gewalt gegen denselben statt; allein die Execution muß so lange ausgesetzt bleiben, bis der Schuldner sui iuris geworden ist [27]. Dann erst kann er mit

genug gezüchtiget würden, so habe man es für billig gehalten, sie wenigstens in dem Falle, da dieses Senatusconsult wegfällt, gegen alle weiteren Einreden zu schützen. Anton Faber hingegen in Rational. in Pand. ad h. L. will die ganze Ausnahme nicht gelten lassen, sondern hält die Stelle: *excepta mutui datione — non adiuvatur*, für eine in den Text eingeschlichene Glosse eines unwissenden Auslegers. Allein beyde haben unrecht. Mit Recht sagt Ulpian, daß ein filiusfamilias, welcher Geld geborgt hat, wenn er gleich noch minderjährig ist, deshalb nie restituirt werde. Denn hat er es für sich und in eigenem Namen geborgt, so ist er schon durch die Exception des Macedonianischen Senatusconsults auf immer gesichert. Hat er aber das Geld für seinen Vater auf Befehl desselben aufgenommen, so ist er ipso iure gegen jeden Anspruch gedeckt, weil er hier nicht belangt werden kann, sondern die actio mutui gegen den Vater angestellt werden muß, in dessen Namen und auf dessen Befehl der Sohn das Geld aufgenommen hat. *L. 5. pr. D. Quod iussu. L. 4. C. h. t.* So wäre also das Räthsel ohne alle Schwierigkeit aufgelößt. Man sehe über diese Stelle DOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de restitutionib. in integrum Tit. IV. § 79. pag. 293. sq. und *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora Exerc. VI. §. 3. pag. 143.

27) S. VOET Comm. h. t. §. 1. Unrichtig sagt Höpfner im Com-

mit der actio iudicati belangt werden. So lehrt Paulus *L.* 5. *pr. D. h. t.* wo er sagt: Si filiusfamilias, *vivo patre*, conventus et condemnatus sit; in emancipatum vel exheredatum, postea *iudicati actio* in id, quod facere potest, danda est. Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß der filiusfamilias in eigenem Namen contrahirt habe. Denn hat er das Geschäft für den Vater auf dessen Befehl geschlossen, so kann nicht gegen ihn, sondern nur gegen den Vater daraus geklagt werden, wie aus *L.* 4. *Cod. h. t.* erhellet, wo Kr. Antonin rescribirt: Si ex contractu patris iussu eius mutuam pecuniam accepisti, teque eius hereditate abstines, frustra vereris, ne a creditoribus eius conveniaris.

B. Der Sohn wird wegen der während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden belangt, nachdem er von derselben frey geworden ist. Hier kommt es nun darauf an, ob er ein zur Bezahlung seiner Schulden hinreichendes Vermögen besitzt, er ist z. B. Erbe seines Vaters geworden; oder nicht. In dem ersten Falle muß er seine Gläubiger ganz befriedigen, und es kann deshalb die Execution in sein Vermögen vollstreckt werden. So sagt Paulus *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* Si filio exheredato, ex SCto Trebelliano hereditas patris restituta sit, non debebit, *in quantum facere potest*, sed *in solidum* condemnari; *quia effectu quodammodo heres est.* In dem letzten Falle hingegen, da er von

Commentar über die Institutionen §. 1158. wenn der Sohn gar kein Peculium, oder nur ein peculium adventitium regulare hat, so könne er nicht eher belangt werden, als bis er von der väterlichen Gewalt frey ist. Man sehe vielmehr *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1.

von ſeinem Vater wenig oder nichts geerbt hat, oder bey deſſen Leben emancipirt, oder ſonſt aus der våterlichen Gewalt befreiet worden iſt, und kein hinlångliches eigenes Vermögen beſitzt, můſſen ihm die Glåubiger die **Wohlthat der Competenz** geſtatten. Der Pråtor hat deswegen zum Beſten der Sőhne ein eigenes Edict gemacht, welches **Ulpian** *L.* 2. *pr. D. h. t.* mit folgenden Worten anführt: Ait Praetor, ſagt er, *in eum, qui emancipatus, aut exheredatus erit, quive abſtinuit ſe hereditate eius, cuius in poteſtate, cum moritur, fuerit, eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in poteſtate eſſet, ſive ſua voluntate, ſive iuſſu eius, in cuius poteſtate erit, contraxerit, ſive in peculium ipſius, ſive in patrimonium eius, cuius in poteſtate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem, cauſa cognita, dabo*, IN QUOD FACERE POTEST.

§. 897.

Beneficium competentiae der Sőhne.

Unter der **Rechtswohlthat der Competenz** wird diejenige Rechtswohlthat verſtanden, vermöge welcher einem Schuldner, um ſeinen Glåubiger zu befriedigen, nicht alles, was er hat, genommen werden darf, ſondern ihm wenigſtens ſoviel, als zu ſeinem ſtandesmåßigen Unterhalt nöthig iſt, gelaſſen werden muß [28]). Sie wird auch

28) *L.* 173. *pr. D. de div. reg. iuris.* In condemnatione perſonarum, quae in id, *quod facere poſſunt*, damnantur, *non totum, quod habent, extorquendum eſt*, ſed et ipſarum ratio habenda eſt, *ne egeant.* Man ſehe auch *L.* 19. *§. ult. in fin. D. de re iud.*

auch *privilegium deductionis* genennt. Wir haben hierüber folgendes zu bemerken.

I. Der Schuldner, dem diese Wohlthat zukommt, kann vermöge derselben nur auf diejenigen Alimente rechnen, deren er nach seinem Stande nothwendig bedarf. Das Quantum ist nach richterlichem Ermessen zu bestimmen, und dabey nicht blos auf seine Person, sondern auch auf diejenigen Rücksicht zu nehmen, denen er selbst den Unterhalt zu geben schuldig ist, nämlich auf dessen Frau und Kinder, so wie auch auf die ihm nöthige Bedienung [29]).

II. Der Schuldner, der sich dieser Rechtswohlthat bedienen will, muß durch ein Verzeichniß seines Vermögens die Unzulänglichkeit desselben nachweisen, um seinen Gläubigern die Schuld ganz bezahlen zu können, ohne an den Bettelstab zu gerathen [30]).

III. Die Rechtswohlthat der Competenz leidet nach der Natur der Privilegien keine ausdehnende Erklärung. Sie kommt daher weder den Erben, als solchen, noch den Bürgen [31]), sondern nur denjenigen Schuldnern zu statten, welchen die Gesetze diese Wohlthat ertheilen [32]). Jedoch kann sich solche der Schuldner auch bey Schließung des Con-

29) Arg. *L. 125. D. de verb. signif. L. 4. §. 1. D. de ventre in possess. mitt.* WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 85. Cap. IV. Th. 3. §. 5. Struben rechtliche Bedenken. 1. B. Bed. 6. CARPZOV P. I. Const. 32. Def. 16. et 17.

30) *Nov. 135. cap. 1.*

31) *L. 24. et L. 25. D. de re iudicata.*

32) Davon handelt Hellfeld §. 1808.

Contracts auf den Fall der etwa eintretenden Insolvenz ausbedingen[33]).

IV. Die Competenz kommt jedoch dem Sohne auch dann noch zu statten, wenn er auch schon bey Lebzeiten des Vaters wäre belangt, und zur Bezahlung der Schuld rechtskräftig verurtheilt worden[34]); die Schuld rühre aus einem Contract oder Quasi-Contract her, z. B. aus der Führung einer Vormundschaft[35]), wenn nur die Schuld noch während der väterlichen Gewalt entstand. Denn wegen der nachher gemachten Schulden hat der Sohn kein Privilegium mehr[36]).

V. Die Fälle, wo dem Sohne die Wohlthat der Competenz zusteht, sind, wenn er emancipirt, oder auf andere Art von der väterlichen Gewalt befreiet worden ist, und der Vater hat ihn enterbt, oder der Sohn hat sich selbst der väterlichen Erbschaft entschlagen, oder der Vater hatte ihn mit einem Universal-Fideicommiß beschwert, und der Sohn ließ sich zur Annehmung und Abtretung desselben zwingen, so daß ihm nun zur Strafe gar nichts übrig blieb, oder der Vater hatte ihn ex minima parte instituirt. In allen diesen Fällen soll gegen den Schuldner die Klage nur in id, quod facere potest, Statt haben, wie Ulpian[37]) und Paulus[38]) lehren. Die Ausleger sind hier nicht einig,

33) *L. 49. D. de pactis.*

34) *L. 5. pr. D. h. t.*

35) *L. 37. §. ult. D. de administr. et periculo tutorum.*

36) *L. 37. §. ult. D. cit.* ut de eo quidem, *quod post emancipationem gestum* est, in solidum conveniri possit.

37) *L. 2. §. 1. D. h. t.*

38) *L. 5. §. 2. D. eodem.*

nig, was die Worte: *ex minima parte* sagen wollen, deren sich nicht nur Ulpian [39]), sondern auch Scävola [40]) bedient. Die meisten erklären sie vom Pflichttheile [41]), weil doch der Vater seinen Kindern weniger nicht hinterlassen könne. Allein richtiger behaupten andere [42]), daß die pars minima im Verhältniß zur Größe der contrahirten Schuld zu verstehen sey. Diese Erklärung wird dadurch noch mehr bestätiget, wenn Ulpian [43]) sagt, daß auch dann, wenn der Sohn ex parte non modica [44]) zum Erben eingesetzt worden sey, und er werde von einem Gläubiger auf das Ganze belangt, der Richter auch hier zu beurtheilen habe, ob er auch das Ganze zu bezahlen im Stande sey, ohne seinem standesmäßigen nothwendigen Bedürfniß zu nahe zu treten. Es wird also hierdurch zu erkennen gegeben, daß hier überall nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sey, ob dasjenige, was der Sohn von dem Vater geerbt hat, mit der Größe seiner während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden in einem solchen Verhältniß stehe, daß er das Ganze, ohne sich wehe zu thun, zu bezahlen im Stande sey, oder nicht.

VI. Auf keinen Fall kann jedoch der Sohn die ihm zustehende Rechtswohlthat der Competenz so weit ausdehnen, daß

39) *L. 2. §. 1. D. eodem.*

40) *L. 7. D. eodem.*

41) ACCURSIUS in gloss. ad L. 2. §. 1. D. h. t. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. BRUNNEMANN Comm. ad L. 2. h. t. nr. 4.

42) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXVII. §. 57.

43) *L. 4. pr. D. h. t.*

44) POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. VI. not. a. glaubt, es müsse hier, ohne Negation, *ex parte modica* gelesen werden. Allein ganz ohne Grund.

daß er auch das von seinem Vermögen abziehen dürfte, was er noch anderen Gläubigern schuldig ist, mit welchen er erst, nachdem er von der väterlichen Gewalt befreiet worden, contrahirt hat. Dieses ist blos ein Vorrecht für den Schenker, daß er, wenn er aus der Schenkung belangt wird, auch von seinem Vermögen noch die sonstigen Schulden abziehen darf, und dann erst gegen den Donatar sich der Einrede der Competenz bedienen kann. Ausser diesem ist dies keinem andern Competenzschuldner gestattet, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 19. §. 1. *D. de re iudic.* Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur: *et quidem is solus deducto aere alieno.*

L. 49. *D. eodem.* Et exheredatum, vel eum, qui se paterna hereditate abstinuit, nec ex ipsius contractu, nisi in id, quod facere potest, condemnandum. Quemadmodum autem facere posse credatur, videndum est: utrum deducto omni aere alieno, ut is, qui ex donatione convenitur? an ut maritus et patronus, nullo deducto aere alieno? Et indubitati iuris est, ad similitudinem viri et patroni ei detrahendum: pinguius enim donatori succurrere debemus, quam ei, qui verum debitum persolvere compellitur.

L. 50. *D. eodem.* Ne liberalitate sua inops fieri periclitetur.

L. 53. *D. Soluto matrim.* Si filiofamilias dos data sit, ipse quidem dotis actione tenetur, pater autem eius de peculio: nec interest, in peculio rem, vel pecuniam dotalem habeat, nec ne: sed *quatenus facere potest, hic quoque condemnandus est.* — Atquin, si cum

patre

patre agatur, deduceretur ex peculio, quod patri, vel ſubiectis ei perſonis filius debet: at ſi *cum ipſo filio* agatur, *alterius debiti non fiet detractio in computatione, quantum facere poſſit filius.*

L. 54. *D. eodem.* Maritus facere poſſe creditur, *nullo deducto aere alieno:* item ſocius, item patronus, parensve. At is, qui ex donatione convenietur, *omni aere alieno deducto*, facere poſſe intelligitur.

Wenn alſo der Sohn, wegen der während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden, nachdem er sui iuris geworden, von einem ſeiner Gläubiger belangt wird, und es nun zur Execution kommt; (denn nur auf das tempus rei iudicatae iſt zu ſehen, wenn die Frage davon iſt, wieweit der Schuldner Zahlung leiſten kann, ohne ihm ſein ſtandesmäßiges Bedürfniß zu entziehen, [45])) ſo kann er nicht ſagen, ich habe noch mehrere Schulden, erſt nach Abzug derſelben kann man beurtheilen, wieviel mein Vermögen beträgt, und ob mir dann der nothdürftige Unterhalt noch übrig bleibt. Nein, es gilt hier, was Paulus ſagt *L.* 19. *pr. D. de re iudicata:* Inter eos, quibus ex eadem cauſa debetur, d. i. unter Gläubigern, welche alle dem Schuldner die Competenz geſtatten müſſen, *occupantis melior conditio eſt:* nec deducitur, quod eiusdem conditionis hominibus debetur. Alſo der Schuldner kann, um ſeine Competenz zu berechnen, nicht erſt das von ſeinem Vermögen abziehen, was er noch andern Gläubigern ſchuldig iſt; ſondern wenn derjenige Gläubiger, welcher zuerſt kommt, und den Schuldner ausklagt, ſeine Befriedigung erhalten kann, ohne daß der Schuldner dabey an ſeinem ſtandes-

45) *L.* 15. *pr. D. Soluto matrimonio.* S. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XXVII. p. 1309.

standesmäßigen Auskommen etwas verliert; so kann er seine Forderung mit Recht ohne Abzug verlangen. Dieß heißt: *occupantis melior conditio est*[46]). Denn die Gesetze wollen den filiusfamilias durch die ihm ertheilte Wohlthat der Competenz blos sichern, daß er nicht gleich, nachdem er eine eigene Familie auszumachen angefangen hat, verarme und darbe[47]). Dies ist nun aber hier nie zu besorgen. Denn melden sich auch nachher noch andere Gläubiger, welche nicht auf das Ganze klagen können, so darf er nie befürchten, daß er durch sie um seinen Lebensunterhalt kommt, weil ihm ja durchaus nicht mehr genommen werden darf, als es sein standesmäßiges nothwendiges Bedürfniß erlaubt. Es ist daher gar kein Grund vorhanden, warum der Schuldner dasjenige, was er diesen schuldig ist, demjenigen Gläubiger sollte abziehen dürfen, welcher zuerst geklagt hat. Denn es kann ihm nie ein Schaden daraus zu besorgen seyn, sondern blos den andern Gläubigern. Nun hat aber das Gesetz nur für den Schuldner gesorgt, nicht aber seine Gläubiger begünstigen wollen. Alles dieses bestätiget nun noch insonderheit Ulpian *L.* 3. *D. h. t.* wo er sagt: Sed an hic detrahi debeat, *quod aliis debetur*, tractari potest? Et si quidem sint creditores, qui, *cum esset alienae potestatis*, cum eo contraxerunt, recte dicetur, *occupantis meliorem esse conditionem.* Er fügt nur blos die Limitation hinzu: nisi si quis *privilegiarius* veniat; huius enim non sine ratione *prioris ratio habebitur.* Dies heißt aber doch auch nicht soviel, als ob der Sohn eine solche privilegirte Forderung selbst zuvörderst von dem Vermögen

46) *§.* 17. *I. de act. L.* 10. *D. de pecul.* DONELLUS cit. loc. pag. 1309. et 1411.

47) S. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. et 3.

mögen abziehen könne, wovon die Competenz zu berechnen ist. Nein; sondern wenn sich nachher noch ein privilegirter Gläubiger meldet, der nun, nachdem schon ein anderer nicht privilegirter Gläubiger seine Befriedigung vor ihm erhalten hat, wegen der Competenz des Schuldners nicht mehr seine Bezahlung von ihm erhalten kann; so darf dieser zwar nicht darunter leiden, er kann aber sein Vorzugsrecht nur gegen den erstern geltend machen. Es ist also dieses blos eine Ausnahme von der Regel, occupantis meliorem esse conditionem. Allein die folgenden Worte Ulpians: Quod si qui sint, qui, *posteaquam sui iuris factus est*, cum eo contraxerunt, *puto horum rationem habendam*, machen den Auslegern viele Schwierigkeiten. Ulpian sagt hier: wenn Gläubiger vorhanden sind, welche mit dem Sohne contrahirt haben, nachdem er schon von der väterlichen Gewalt befreyet war, so soll auf diese Rücksicht genommen werden. Heißt das so viel, es könne von dem Vermögen abgezogen werden, was diese zu fordern haben, so steht das mit dem Vorhergehenden in offenbarem Widerspruche. Nun wäre auch gar kein Unterschied mehr zwischen ihm, und einem Schenker. Denn auch der Schenker kann, wie Hugo Donellus [48]) sehr gründlich ausgeführt hat, die Forderungen solcher Gläubiger nicht abziehen, von denen er nur in id, quod facere potest, belangt werden kann, weil er kein Interesse dabey hat. Nur das aes alienum, dem die Einrede der Competenz nicht entgegengesetzt werden darf, kann der Donator in Abrechnung bringen [49]). Denn zöge

48) Commentar. iuris civ. Lib. XXVII. ad L. 16. D. de re iudicata, pag. 1408. edit. *Francof. 1626*, fol.

49) *L. 19. §. 1. D. de re iudicata.*

ge er dieſe Schulden nicht ab, ſo wäre er gegen die Gefahr, darben zu müſſen, wogegen ihn doch die Geſetze aus beſonderer Begünſtigung ſchützen wollen, nicht geſichert; weil nachher noch andere Gläubiger kommen, und ihm das nehmen könnten, was er zu ſeinem nothdürftigen Unterhalt gebraucht. Dies hat er aber von andern Gläubigern nicht zu fürchten, welche ihm die Competenz geſtatten müſſen. Nun kann auch ein Sohn, wegen der erſt nach aufgehobener väterlichen Gewalt contrahirten Schulden, von den Gläubigern auf das Ganze belangt werden, ohne ihnen die Einrede der Competenz entgegen zu ſetzen[50]). Könnte er nun dieſe abziehen, was wäre zwiſchen ihm und dem Schenker mehr für ein Unterſchied? Um dieſen Widerſpruch zu heben, glaubt Donell, es ſey hier von privilegirten Gläubigern die Rede. Allein richtiger erklärt jene Worte Voet[51]), wenn er ſagt, daß keinesweges der Sinn derſelben dahin gehe, als ob der Sohn die Schulden, welche er nach aufgehobener väterlichen Gewalt contrahirt hat, abziehen könne: ſondern es wären dieſelben vielmehr ſo zu verſtehen, daß wenn auch diejenigen Gläubiger, welche mit dem Sohne während der väterlichen Gewalt contrahirt haben, ſchon in ſoweit ihre Befriedigung erhalten hätten, als der Sohn zahlen konnte, nämlich nach Abzug des nöthigen ſtandesmäßigen Unterhalts; dennoch diejenigen Gläubiger, welche mit ihm erſt, nachdem er sui iuris geworden, contrahirt haben, nichts deſto weniger auf das klagen können, was dem Sohne noch durch das beneficium competentiae von ſeinem Vermögen übrig geblieben iſt. In dieſer Hinſicht ſagt alſo Ulpian mit Recht: *horum rationem habendam eſ-*

ſe,

50) *L. 37. §. ult. D. de adminiſtr. et periculo tutor.*

51) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

se, insofern sie nicht eben so mit der Einrede der Competenz zurückgewiesen werden können, wie diejenigen Gläubiger, deren Schuldner der Sohn schon während der väterlichen Gewalt zu werden anfing. Zwar wird freylich in *L.* 3. *h. t.* die Frage abgehandelt, ob der Sohn bey dem Gebrauche der Competenzwohlthat dasjenige abziehen dürfe, was er Andern schuldig ist? allein **Ulpian** beantwortet sie nicht geradezu mit Ja oder Nein; sondern er macht einen Unterschied zwischen den Gläubigern, welche mit dem Sohne noch während der väterlichen Gewalt contrahirt haben, und denen, welche mit ihm erst nachher contrahirten, nachdem er schon sui iuris geworden war. In Rücksicht der erstern giebt er die Regel: *meliorem esse occupantis et sibi vigilantis conditionem*, jedoch mit der Ausnahme, wofern nicht der sich erst später meldende Gläubiger ein privilegirter ist. In Rücksicht der letztern hingegen sagt er schlechthin, *horum rationem habendam esse.* Dieß kann nun in Verbindung mit den vorhergehenden Worten nicht soviel heißen, als ob diese letzteren den Vorzug vor den erstern hätten, und dasjenige, was der Sohn ihnen schuldig ist, von dem Vermögen desselben vor allen Dingen abgezogen werden müßte; Nein, sondern es soll vielmehr nur in sofern auf sie Rücksicht genommen werden, daß sie zu ihrer Befriedigung den Sohn bis auf den letztern Heller können auspfänden lassen, ohne daß er sich gegen sie auf seine Rechtswohlthat berufen darf.

VII. Die Rechtswohlthat der Competenz giebt jedoch nur eine dilatorische, aber keine peremtorische Einrede. Kommt daher der Schuldner in der Folge wieder in bessere Vermögensumstände, so muß er doch noch das ganz bezah-

len,

len, was der Gläubiger jetzt, wegen dieser Wohlthat, vom Schuldner nicht ganz erhielt [52]). Der Gläubiger kann zu dem Ende Caution fordern [53]). Diese fällt nur da weg, wo der Schuldner gleich Anfangs nicht auf das Ganze belangt werden kann, wie bey der actio de peculio [54]).

VIII. Die Wohlthat der Competenz fällt weg, a) wenn nicht der Sohn selbst, sondern sein Erbe belangt wird [55]). b) Wenn sich der Schuldner dieser Wohlthat durch Betrug unwürdig gemacht hat. Z. B. der Sohn gab sich arglistig für einen homo sui iuris aus, und verleitete dadurch seine Gläubiger zum Credit [59]), oder er hat sonst bey Schließung des Contracts betrügerisch gehandelt [57]). c) Wenn sich der Sohn derselben nicht bedient, sondern die Schuld ganz bezahlt, ohne dem Gläubiger die Einrede der Competenz entgegen gesetzt zu haben [58]), deren er sich auch noch sogar bey der Execu-

52) *L. 8. Cod. Soluto matrimonio* DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XXVII. ad L. 16. D. de re iudicat. pag. 1309 BACHOV ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. XXVI. Th. IV. Lit. H. und SCHILTER Prax. iuris Röm. Exercit. XXVII. §. 59. et 60.

53) *L. un. §. 7. Cod de rei ux. act.*

54) *L. 47. §. 2. D. de peculio.*

55) *L. 4. §. 3. D. h. t.* Soli autem filio succurritur, non etiam heredi eius: nam et PAPINIANUS *libro 9. Quaestionum* scribit, *in heredem filii in solidum dandam actionem.*

56) *L. 4. §. 1. D. h. t. L. 6. D. eod.*

57) *Arg. L. 22. §. 1. D. de re iudicata.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 3.

58) *L. 7. pr D. de except. L. 17. §. 1. D. Soluto matrimonio.*

Execution hätte bedienen können [59]). Denn Wohlthaten werden Niemand aufgedrungen. Ja wenn auch der Sohn aus einer Unwissenheit des Rechts die Schuld ganz bezahlt hätte, so würde dennoch deshalb keine Zurückforderung Statt finden [60]), wenn nicht etwa derselbe zu den privilegirten Personen gehört, denen die Gesetze die Unkunde der Rechte zu gute halten [61]), z. B. wenn er noch minderjährig, oder Soldat ist [62]). Hatte hingegen der Richter aus Unwissenheit der Rechte den Schuldner zur Bezahlung des Ganzen verurtheilt, ohnerachtet er die Einrede der Competenz vorgeschützt hatte, so kann er sich noch bey der Execution mit der exceptio doli schützen [63]). d) Wenn die Schuld, wegen welcher der Sohn belangt wird, aus einem während der väterlichen Gewalt begangenen Delict herrührt [64]). Endlich e) wenn der Sohn erst nach mehreren Jahren, nachdem er sui iuris geworden, belangt wird. Es kommt also hier sehr viel darauf an, wenn der Sohn belangt wird. Geschieht dieses gleich, nachdem er von der väterlichen Gewalt war befreiet worden, so kann er sich seiner Rechtswohlthat bedienen, nach-

her

59) *L. 41. §. 2. D. de re iudicata.* S. LAUTERBACH Diss. de beneficio competentiae (*Tübingae 1647.*) §. 48. et 49.

60) *L. 9. D. de condict. indebiti.*

61) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 834. S. 132.

62) *L. 9. pr. D. de iuris et facti ignor. L. 1. Cod. eodem.*

63) *L. 17. §. ult. D. Soluto matrim.* S. DONELLUS ad h. L. in Commentar. iur. civ. Lib. XXVII. pag. 1419.

64) *L. 4. §. 2. D. h. t. L. 52. D. de re iudic.*

her kommt ſie ihm nicht weiter zu ſtatten [65]), wie Ulpian lehrt *L.* 4. §. 4 *D. h. t.* wo er ſagt: Sed an etiam temporis haberi debeat ratio, ut ſiquidem *ex continenti* cum filio agatur, detur actio in id, quod facere poteſt: ſin vero *poſt multos annos*, non debeat indulgeri? Et mihi videtur *rationem habendam eſſe*, *in hoc enim cauſae cognitio vertitur.*

Einige Rechtsgelehrten [66]) wollen den heutigen Gebrauch dieſes Titels bezweifeln, allein ohne Grund, wie ſchon Cocceji [67]) gezeigt hat.

65) Die Klage ſelbſt fällt aber deswegen nicht weg. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

66) VOET c. l. §. 4. in fin.

67) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

Lib. XIV. Tit. VI.

De Senatusconſulto Macedoniano.

§. 898.

Geſchichte und Inhalt des Senatusconſ. Macedoniani.

Die in dem vorigen Titel von den Contracten der Familien-Söhne erklärte Regel leidet durch das *Senatusconſultum Macedonianum* eine wichtige Ausnahme bey der pecunia credita. Weil nämlich die Erfahrung lehrte, daß der baare Geld-Credit die Söhne zu Ausſchweifungen verleitete, und ſie in Schulden ſtürzte, ja ſogar ſelbſt für das Leben der Väter gefährliche Exceſſe veranlaßte, ſo wurde ſchon zu den Zeiten des römiſchen Freiſtaats das Geſetz gemacht, daß Niemand einem filiusfamilias baar Geld creditiren ſolle [68]). **Cicero** ſcheint darauf hinzudeuten, wenn er in ſeiner Rede für den **Marcus Cölius** Kap. 7. ſagt: *Tabulas, qui in patris poteſtate eſt, nullas conficit. Verſuram nunquam omnino fecit ullam* [69]). Eben dieſes beſtärkt noch mehr die Unterredung des Geta mit dem Demophonus beym Terrenz in ſeinem **Phormio** Act II. Scen. 1. v. 70. wo jener ſagt: *Hui! dixti pulcre,*

68) S. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diſſ. de mutuo filii familias iam ante Senatusconſultum Macedonianum invalido. *Lipſiae 1726.*

69) *Verſuram facere* heißt hier Geld gegen Zinſen aufnehmen. S. HOTOMANN ad h. Loc. Cicer. und GRAEVIUS ad eundem.

cre, siquidem quisquam crederet, te vivo. Was dieses aber für ein Gesetz gewesen seyn möge, ist ungewiß. Vielleicht das Plätorische, welches gewiße Geschäfte, insonderheit auch den Geldcredit, mit solchen Personen, die das Alter von 25. Jahren noch nicht erreicht hatten, nicht nur für ungültig, sondern sogar für strafbar und infamirend erklärte [70]; wie sich aus einer Stelle des **Plautus** in seinem **Pseudolus** Act. I. Scen. 3. v. 68. schließen läßt, wo es heißt: *Perii, an non tum me Lex perdit quinavicenaria? Metuant credere omnes.* Weil jedoch dieses Gesetz nur von Minderjährigen sprach, so dehnte Kr. **Claudius** dasselbe durch eine neuere Verordnung auf alle Familiensöhne ohne Unterschied des Alters aus, wie auch **Lipsius** [71]) bemerkt hat. Die hiervon handelnde Stelle des **Tacitus** Annal. XI, 13. lautet folgendermaßen. Et lege lata saevitiam creditorum coercuit, *ne in mortem parentum pecunias filiisfamiliarum foenori darent.* Nach diesem Gesetz sollte es auch nicht einmal gelten, wenn Jemand einer Person, die noch unter der väterlichen Gewalt steht, das Geld unter der Bedingung geliehen hätte, dasselbe erst nach des Vaters Tode wiederzubezahlen. Allein die Habsucht und Ränke der Föneratoren wusten diese Verordnung bald zu vereiteln. Man schikanirte, wie oft der Fall war, mit den Worten des Gesetzes, und glaubte der Verordnung desselben dadurch auszuweichen, wenn man das Geld den Söhnen nicht

70) S. GRAEVIUS. l. c. Tom. III. P. I. pag. 310. und Hugo Lehrb. der Geschichte des röm. Rechs §. 135. (Berlin 1810.)

71) Ad TACITI *Annal. XI. 13.* Man sehe auch SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 62.

nicht gerade auf den Todesfall ihrer Väter creditirte; man gab es ihnen nun auf einen ungewißen Zahlungstermin, der blos von der Willkühr des Gläubigers abhangen sollte. Dies hieß *incertis nominibus credere*, wie Hommel [72]) diese Worte des Macedonianischen Senatusconsults erklärt. Einer solchen Chikane durch ein neues Gesetz Einhalt zu thun, war um so nothwendiger, je schreklicher die Folge war, welche das Schuldenwesen der Familiensöhne nach sich zog. Ein junger Römer, mit Namen **Macedo**, beging, um seine Gläubiger befriedigen zu können, einen Vatermord, und gab hierdurch einem der wichtigsten Gesetze Veranlaßung und Namen. **Ulpian** hat uns dasselbe *L. 1. pr. D. de Senatusconsulto Macedoniano* in folgenden Worten aufbehalten: *Cum inter caeteras sceleris causas M a c e d o, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet, placere, n e c u i, q u i f i l i o f a m i l i a s m u t u a m p e c u n i a m d e d i s s e t, e t i a m p o s t m o r t e m p a r e n t i s e i u s, c u i u s i n p o t e s t a t e f u i s s e t, a c t i o p e t i t i o q u e d a r e t u r: ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri* [73]).

Wer

72) Cit. Diss. §. 19—21. Andere erklären jedoch nomina incerta für nomina non bona, sub usuris immodicis credita; was man auch im Teutschen u n g e w i s s e F o r d e r u n g e n nennt. S. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. p. 337. *Ev.* OTTONIS Comm. ad §. 7. I. Quod cum eo, qui in alien. pot. und *Io. Gottl.* HEINECCII Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Synt. Lib. IV. Tit. 7. §. 8.

73) Zur Interpretation desselben dienen *Bern. Henr.* REINOLDI Diss.

Wer also einer Person, die noch unter der väterlichen Gewalt steht, baar Geld darleihet, soll seiner Forderung wegen keine Klage haben, wenn er auch erst nach des Vaters Tode das Geld wieder fordern sollte. Ein solcher Wucherer soll wissen, daß ihm keine List, noch Vorwand etwas helfen wird, um seine Forderung klagbar zu machen, wenn auch sein Schuldner nach des Vaters Tode noch so viel Vermögen zu gewarten hätte. Dieses Senatusconsultum wurde unterm Kr. **Vespasian** gemacht [74]). Wir haben darüber das unverwerfliche Zeugniß des Suetonius, welcher in seinem **Vespasian** cap. XI. erzählt: *Vespasianus auctor Senatui fuit decernendi, ne filiorumfamilias foeneratoribus exigendi crediti ius unquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem.* Die Veranlassung zu dieser Legislation erzählt am ausführlichsten **Theophilus** in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen Lib. IV. Tit. VII. §. 7. Die Stelle ist sehr merkwürdig, und lautet nach der Uebersetzung des **Reitz** folgendermassen.

Diss. ad Senatusconsultum Macedonianum in *Opusc. iurid.* a *Euglero* edit. p. 412. sqq. *C. A. van* WACHENDORF Diss. de SCto Maced. *Traj. ad Rhen. 1730.* *Franc.* ALEF Diss. de SCto Macedon. *Heidelb. 1737.* in EIUS Dieb. academ. Nr. XI. und *Christ. Gotth.* HÜBNERI Disp. ad Senatusconsultum Macedonianum. *Lips. 1798.* Unter den ältern Auslegern *Franc.* DUARENI Commentar. in Tit. 28. libri IV. Cod. et Tit. 6. lib. XIV. Pand. ad SC. Maced. *Oper.* pag. 983. sqq.

74) S. *Andr. Guil.* CRAMERI D. Vespasianus sive de vita et legislat. T. Flavii Vespasiani Imp. Commentar. *Ienae 1785.* 8. pag. 182. sqq. und HÜBNER cit. Disp. Cap. 3. Andere setzen den Ursprung des Senatusconsults schon unter die Regierung des Kr. Claudius. S. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4132. und Ritter Hugo Lehrb. der Geschichte des R. R § 224.

sen. *Macedo quidam sic dictus Romae fuit; qui in potestate quum esset sui patris, ab aliquo mutuatus est, sperans mortuo patre suo, fore, ut debitum reddere posset. Multo tempore elapso, instabat creditor debitum repetens. Macedo non habens, unde redderet; qui enim, cum sub potestate esset? patrem suum occidit. Innotuit hoc Senatui; et ille quidem poenas dedit parricidii: factum est autem Senatusconsultum, Macedonianum dictum, quod statuit, ne quis homini libero sub potestate constituto mutuatus debita reposcat, ut hoc pacto quilibet sciens, se debitum reposcere non posse, mutuum illi dare caveat. Non tantum vero ipsum non reposcet filiumfamilias, vel filiamfamilias aut nepotem vel neptem, in potestate adhuc constitutos, sed neque sui iuris factos, morte forsitan patris, vel emancipatos. Nec quidem adversus patrem vel avum actionem de peculio intendere potest, sive liberos in potestate etiam habeat, sive eos emancipaverit. Senatusconsultum autem haec sanciens ita legem fecit, quoniam filiifamilias aere alieno saepe onerati, quod aliunde acceptum luxuriose prodegerant, suorum parentum vitae insidiabantur.* Viele [75]) glauben, die Erzählung des **Theophilus** stehe mit jenen Worten des Senatusconsults im Widerspruche. Man hat daher dieselbe, als eine Fabel des Paraphrasten, geradezu verworfen, und geglaubt, daß nicht **Macedo**, der

75) *Aegid.* MENAGIUS Amoenitat. iuris civ. Cap. 39. Voc. *Macedonianum SCtum.* pag. 297. *Ev.* OTTO Comm ad §. 7. I. Quod cum eo etc. *Io. Aug.* BACH Histor. iurisprud. Rom. Lib. III. cap. I. Sect. III. §. 19. *Io. Iac.* SCHERZ Diss. de Macedoniani SCti denominat. origine. *Argentor.* 1732. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 1. und HÜBNER Dissert. cit. Cap. IV.

der Vatermörder, sondern ein famöser Fönerator dieses Namens dem Gesetz Namen und Veranlassung gegeben habe. Allein dagegen haben schon längst Wilhelm Maranus [76]), Joh. Gottl. Heineccius [77]), Augustin v. Leyser [78]), Gottfr. Ludw. Mencken [79]) und Herr Ritter Hugo [80]) gezeigt, daß nach einer richtigen Erklärung selbst die Worte des Senatusconsults: *Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset*, welche offenbar nicht auf den Fönerator passen, augenscheinlich für Theophilus sprechen. Denn der Ausdruck *aes alienum* wird nie vom Gläubiger, nie für pecunia aliis credita genommen, sondern es wird vielmehr darunter verstanden, quod nos aliis debemus, wie Ulpian sagt *L.* 213. §. 1. *D. de Verb. Signif.* Die folgenden Worte: *et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret*, *qui pecuniam* (*ne quid amplius diceretur*) *incertis nominibus crederet*, gehen zwar unstreitig auf den Wucherer; sie enthalten aber einen von der Veranlassung des Gesetzes ganz unterschiedenen Grund. Der Sinn ist nämlich der: daß die Föneratoren den verschwenderischen Jünglingen häufig Anlaß zu Ausschweifungen dadurch gegeben, daß sie ihnen Geld, und zwar, um die Verord-

76) Paratitl. ad h. Tit.

77) Antiquit. Rom. Lib. IV. Tit. VII. §. 8.

78) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIII. medit. 1.

79) Diss. de usu forensi SCti Macedoniani in Germania. *Vitemb.* 1715. Praefat.

80) Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts (Berlin 1810.) §. 224 Not 1. S. 349. Man sehe auch Phil. Bernh. Degen Bemerkungen über das Zeitalter, und die Institutionen Paraphrase des Theophilus. 5. Abschn. S. 51.

ordnung der Gesetze zu umgehen, ohne Bestimmung eines Zahlungstermins geborgt hätten. Das Macedonianische Senatusconsultum hat also das Eigene, daß es nicht von dem Consul, der den Vortrag machte, wie sonst gewöhnlich war, sondern von demjenigen seinen Namen erhalten hat, der die Veranlassung dazu gab. Uebrigens bemerke ich nur noch, daß viele, welche dieses Senatusconsultum unter Claudius setzen, es mit der oben bemerkten *Lex Claudii* für Eins halten, von welcher Tacitus redet. Um nun die Erzählung des Suetons damit zu vereinigen, sagt man, Vespasian habe als Consul unter Claudius das Senatusconsultum in Vorschlag gebracht. Heineccius [81]) verdankt diese sinnreiche Conjectur dem Petrus Faber [82]).

§. 899.

Tendenz des Macedonianischen Senatusconsults.

Das Macedonianische Senatusconsult redet I. blos von filiisfamilias, welcher Ausdruck hier alle Personen bezeichnen soll, die zur Zeit des contrahirten Darlehns noch unter väterlicher Gewalt sind, sie seyen Söhne oder Töchter, leibliche oder adoptirte [83]); auch Enkel [84]), und

81) Cit. loc. §. 7. Not. c. pag. 278.

82) Semestrium Lib. I. cap. 25. pag. 169.

83) *L. 1. §. 3. L. 9. §. 2. D. h. t.* In der letzten Stelle heißt es: Hoc SCtum et *ad filias quoque familiarum* pertinet. Nec ad rem pertinet, si adfirmetur, ornamenta ex ea pecunia comparasse. Add. *L. 201. D. de Verb. Signif.*

84) *L. 14. D. h. t.* Etiamsi verbis Senatusconsulti *filii* continerentur, tamen et *in persona nepotis* idem servari debere. — *L. 6. §. 1. Cod. eodem. §. 7. I. Quod cum eo, qui in aliena potestate.*

und zwar ohne Unterschied des Standes und der Würde [85]), sofern nämlich die Würde nicht eine solche ist, welche von der väterlichen Gewalt befreiet [86]). Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Schuldner im Augenblick der Numeration des Geldes noch in der väterlichen Gewalt gewesen sey. Denn war dem Sohne zwar noch während der väterlichen Gewalt ein Darlehn versprochen, er hat solches aber erst zu der Zeit vom Gläubiger erhalten, wo er schon sui iuris geworden war, so findet das Macedonianische Senatusconsult auf ihn keine Anwendung mehr [87]).

II. Das Senatusconsultum geht nur auf **baaren Geldcredit**, nicht auf andere Arten der Contracte und Darlehne. Also nicht auf Kauf, Tausch oder Miethcontract; auch nicht auf ein Getraidedarlehn, noch Bürgschaft [88]). Es muß nur aber freylich ein sonst erlaubtes

85) *L. 1. §. 3. D. h. t.* In filiofam. nihil dignitas facit, quominus SCtum Macedonianum locum habeat.

86) *Nov. LXXXI. cap. 1. et 2.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

87) *L. 3. §. 4. D. h. t.* Si a filiofam. stipulatus sim, et patrifam. facto crediderim, sive capite deminutus sit, sive morte patris, sive alias sui iuris sine capitis deminutione fuerit effectus, debet dici cessare Senatusconsultum: quia mutua iam patrifamilias data est. — *L. 4. D. eodem.* Quia, quod vulgo dicitur, filiofamilias credi non licere, non ad verba referendum est, sed ad numerationem.

88) *L. 3. §. 3. D. h. t.* Is autem solus SCtum offendit, *qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit*: non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit, vel alio modo contraxit. Nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est: et ideo etsi in creditum abii filiofam. vel ex causa emtionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, et si stipulatus sim, licet

tes Geschäft nicht in fraudem legis geschlossen worden seyn, um den Zweck des Gesetzes zu vereiteln. Dahin gehört z. B. wenn man einem filiusfamilias Getraide vorlehnt, oder Waaren verkauft, und zwar in der Absicht, um sich durch deren Verkauf oder Verpfändung baar Geld zu verschaffen, und solches als ein Darlehn zu gebrauchen [89]. Man nennt ein solches verschleiertes Geldanlehn mit einem barbarischen Namen *contractus mobatrae* [90]. Daß in solchen Fällen, wo in fraudem legis gehandelt worden, das Senatusconsultum dennoch Anwendung finde, sagen nun zwar die Gesetze ausdrücklich [91]. Da jedoch im Zweifel nicht

cet coeperit esse mutua pecunia, tamen, quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat Senatusconsultum. — *L. 7. pr. D. eodem.* Item si filiusfamilias *fideiusserit*, NERATIUS cessare Senatusconsultum ait.

89) Ueber die Kunstgriffe, welche gewinnsüchtige Gläubiger in fraudem SCti anzuwenden pflegen, vergleiche man Götz Beyträge zur populären Rechtsgelehrsamkeit. 1. Band Nr. XVIII. S. 356. ff.

90) Der Ausdruck *mobatra* kommt aus dem Spanischen her, und bezeichnet ursprünglich einen simulirten Kauf. S. *Casp.* ZIEGLER Diss. de mohatra contractu. *Witebergae 1663.* §. 29. und *Sam.* STRYK de cautel. contractuum Sect. II. cap. 1. §. 31.

91) *L. 3. §. 3. in fin. D. h. t.* Quod ita demum erit dicendum, *si non fraus Senatusconsulto sit cogitata*, ut, qui credere non potuit, magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem. — *L. 7. pr. D. eodem.* Sed IULIANUS adjicit, si color quaesitus sit, ut filiusfam. qui mutuam accepturus erat, fideiuberet, alio reo dato, *fraudem Senatusconsulto factam nocere:* et dandam exceptionem tam filiofamilias, quam *reo*, quoniam et fideiussori filii subvenitur. (Unter dem Ausdruck *reus* soll hier kein anderer, als intercessor oder fideiussor verstanden wer-

nicht vermuthet wird, daß bey einem an sich erlaubten Geschäft eine rechtswidrige Intention obgewaltet habe [92]; so muß in einem solchen Falle, wo der Beklagte vorschützt, daß das Geschäft, aus welchem geklagt worden, nur zum Schein gebraucht, die wahre Absicht aber auf ein Geldanlehn gerichtet gewesen sey, demselben billig der Beweis aufgelegt werden [93].

Wenn man nun aber gleich, ausser diesen Fällen, lediglich bey den Worten des Gesetzes stehen bleiben muß, wornach es nur von Darlehnen gilt, welche in baarem Gelde gemacht werden, ohne eine weitere Ausdehnung desselben zu gestatten [94]; so wird es doch häufig durch provinzial- und academische Gesetze auch auf solche Schulden ausgedehnt, die blos zur Ueppigkeit und Schwelgerey gemacht worden sind, z. B. Wein- und Conditorschulden [95]. Auf keine Weise kann jedoch das Gesetz auf den Fall angewendet werden, da die Schuld ursprünglich nicht aus einer

Geld-

werden, wie POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Nr. II. not. b. bemerkt.) — §. 3. *eiusd. L. 7.* Mutui dationem non solum numeratae pecuniae, verum omnium, quae mutuo dari possunt, an accipere debeamus, videndum? Sed verba videntur mihi ad *numeratam pecuniam* referri: ait enim Senatus, MUTUAM PECUNIAM DEDISSET. Sed si *fraus* sit Senatusconsulto adhibita, puta frumento, vel vino, vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia, *subveniendum est filiofamilias.*

92) *L. 14. §. 5. D. Qui et a quibus manumissi.*

93) S. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 63. S. 217.

94) S. Webers angef. Entwickelung §. 96. S. 422.

95) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 12.

Geldanleihe herrührt, sondern durch Novation in eine solche verwandelt worden ist [95]). Klar ist die Verordnung der Kr. Sever und Antonin *L. 3. Cod. ad SCtum Macedon.* Si filiusfamilias aliquid mercatus, pretium stipulanti venditori cum usurarum accessione spondeat: non esse locum Senatusconsulto, quo foenerare filiisfamilias est prohibitum, nemini dubium est. *Origo enim potius obligationis, quam titulus actionis considerandus est.*

§. 900.

Findet eine Entsagung des Macedon. Senatusconsults Statt?

Obwohl das Macedonianische Senatusconsult eigentlich nicht zu den verbietenden Gesetzen gehört [96]), wie ganz klar daraus erhellet, weil dem Gläubiger blos die Klage versagt [97]), übrigens aber die aus einer solchen Anleihe vorhandene natürliche Verbindlichkeit nicht nur von den Gesetzen anerkannt, sondern auch dem Gläubiger nachgelassen wird [98]), solche durch Compensation, oder Retention, und überhaupt vertheidigungsweise sowohl vor Gericht, als aussergerichtlich geltend zu machen [99]); so kann doch der filius-

95) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

96) S. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 88. S. 366. ff.

97) In dem *§. 7. I. Quod cum eo, qui in aliena pot.* wird zwar gesagt: Senatusconsultum *prohibuit* mutuas pecunias dare eis, qui in potestate parentis sunt; allein die folgenden Worte: et ei, qui credidit, *denegatur actio*, zeigen, wohin der Sinn eigentlich geht.

98) *L. 10. D. de Senat. Maced.*

99) *L. 6. D. de compensat.* Anderer Meinung ist zwar VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 49. Allein man sehe Webers Bey-

filiusfamilias demselben während der väterlichen Gewalt nicht gültig entsagen, weil es nicht sowohl zu Gunsten der Söhne, sondern vorzüglich zum Besten der Väter, und aus Haß gegen die Wucherer zur Bestrafung derselben gemacht worden ist. Ob aber nicht wenigstens in dem Falle die Entsagung für den Sohn verbindlich sey, wenn sie mit einem Eide bekräftiget worden, ist streitig. Die meisten Rechtsgelehrten [100]) läugnen dieses nicht ohne Grund, weil durch den Eid kein Geschäft, das an sich ungültig ist, gültig und verbindlich werden könne [1]). Wollte man einem solchen Eide verbindliche Kraft beylegen, so würde dadurch der Zweck des Gesetzes gänzlich vereitelt werden, und der Eid das beste Mittel seyn, in fraudem legis handeln zu können. Auch das canonische Recht begünstige einen solchen Eid nicht, sondern stelle die allgemeine Regel auf [2]): *Non est obligato-*

rium

Beyträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 6. Betrachtung S. 53. ff.

100) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. eod. §. 27. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 2. Not. 4. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. II. Obſ. 171. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 156. Fratr. BECMANNORUM Conſil. et Deciſion. Tom. I. Deciſ. 13. nr. 14. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. memb. 2. §. 21. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4135. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 509. Weber syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 122. S. 539. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati nov. §. 1016. not. h. und Thibaut Syst. des Pandectenrechts 1. B. §. 376. S. 280.

1) *L. 7. §. 16. D. de pact. L. 5. §. 1. Cod. de Legib.*

2) *Cap. 58. de Reg. iuris in 6to.*

rium contra bonos mores praestitum iuramentum. Allein so erheblich auch diese Gründe sind, so behaupten dennoch mehrere berühmte Rechtsgelehrten [3]), daß jene Meinung wenigstens den Vorschriften der neuern Gesetze nicht entspreche, welche dem SCto Macedoniano billig vorzuziehen wären. Denn sollen nach der Avth *Sacramenta puberum* Cod. Si adversus venditionem sogar die Contracte der Minderjährigen auf keine Weise angefochten werden können, wenn sie mittelst eines Eides bekräftiget worden sind, ohne auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit derselben Rücksicht zu nehmen, wenn nur der Eid ohne Zwang und Betrug geleistet worden ist; so könne es auch einem Familiensohne für seine Person nicht freystehen, sich auf das Macedonianische Senatusconsultum zu berufen, wenn er die Wiederbezahlung der Anleihe demjenigen, der ihm in gutem Glauben creditirte, mittelst eines körperlichen Eides versprochen, oder sich auch mittelst eines solchen Eides der Wohlthat des Senatusconsults förmlich begeben hat. Ueberdem sey ja die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners aus dem contrahirten Gelddarlehn durch das Macedonianische Senatusconsult nicht ganz vernichtet worden, sondern werde selbst von den Gesetzen noch als fortdauernd anerkannt [4]). Der Eid könne also hier allerdings als

3) *And.* FACHINAEUS Controv. op Lib. II. cap 62. in fin. CARPZOV Decision illustr P III. Decis 256. STRYK de cautelis contract. Sect. II Cap. I. §. 15. *I H.* BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 11. WERNHER Select. Observat for. Tom. II. P. VI. Obs. 334. von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XXV. S. 386. ff. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. V. §. 19. in fin.

4) *L. 9. §. 4. et 5. L. 10. D. h. t.*

als Mittel dienen, die Erfüllung derselben zu sichern, da nach den neuern Verordnungen des canonischen Rechts auch sogar eine an sich ungültige Handlung durch eidliche Bestärkung wirksam und gültig gemacht werden könne [5]. Ob nun wohl die Vertheidiger dieser Meinung selbst zugeben, daß eine solche Begebung nur sodann von rechtlicher Wirkung seyn könne, wenn nach aufgehobener väterlichen Gewalt der Sohn sich im Stande befindet, aus eigenen Mitteln oder Erwerb diejenige an sich rechtmäßige Schuld zu bezahlen, wozu er sich durch einen feyerlichen Eid zu der Zeit, da er sich noch unter der väterlichen Gewalt befand, verbindlich gemacht hatte; so steht doch dieser Meinung noch immer der sehr wichtige Grund entgegen, daß es hier nicht blos dem Interesse des Sohns gilt, sondern der Staat selbst dabey interessirt ist, dem der Geldcredit der Söhne wegen der verderblichen Folgen desselben nicht gleichgültig seyn kann. Der Staat fühlte unmittelbar und zunächst die Nachtheile des hieraus entstehenden Sittenverderbs; sahe die Gräuelthaten, wozu Schwelgerey und Schuldenlast ausgeartete Söhne vermocht hatte [6]; sahe die Zerrüttung

5) *Cap. 28. X. de iureiur. cap. 2. de pactis in 6to.* Die Päbste entscheiden hier nach demselben Grundsatz, der auch vom Kaiser Friedrich in der angef. Authentica anerkannt ward. S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des R. R. §. 16. S. 61. f.

6) Eine der Gräuelthat des Macedo vorausgegangene Szene enthält die Rede des Cicero *pro Sexto Roscio*, wo er cap. 22. sagt: Patrem occidit ROSCIUS: qui homo? adolescentulus corruptus. — LUXURIES *igitur hominem nimirum, et* AERIS ALIENI MAGNITUDO, *et* INDOMITAE ANIMI CUPIDITATES *ad hoc* SCELUS *impulerunt.*

rüttung des Wohlstandes, und häußlichen Glücks seiner Bürger. Diese allerdings wichtigen und schweren Folgen forderten laut die Gesetzgebung auf, den Ausschweifungen der Familiensöhne ein Ziel zu stecken. Und ein solches Gesetz, welches, wie Ulpian [7]) sagt, verhüten soll, ne materia peccandi malis moribus praestetur; ein Gesetz, dessen Hauptgrund, wie Justinian [8]) noch hinzufügt, darin gesetzt wird, *quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitae parentum insidiabantur*; ein Gesetz, welches deswegen den Gläubigern zur Strafe die Klage versagt, sollte durch Mißbrauch des Eides unwirksam gemacht werden können? Der Eid sollte hier das Mittel werden, eine turpis causa des Wucherers zu decken? Gewiß einen solchen Eid nimmt auch selbst das canonische Recht nicht in Schutz [9]). Darin stimmen jedoch alle überein, daß eine solche Begebung wenigstens den Rechten des Vaters auf keinen Fall nachtheilig seyn könne. Hätte daher der Sohn dennoch von dem seiner Disposition nicht unterworfenen Vermögen die Schuld bezahlt, so kann der Vater das noch vorhandene Geld vindiciren, das consumirte aber durch die condictio sine causa abfordern [10]); gesetzt auch, daß das Geld dem Sohne von einem Dritten wäre geschenkt worden, wenn es ihm nämlich nicht ausdrücklich unter der Bedingung geschenkt war, den Gläubiger damit zu befriedigen, sondern das Geschenk blos ein Peku-

lium

7) *L. 1. pr. D. h. t.*

8) *§. 7. I. Quod cum eo, qui in aliena pot. est.*

9) *Cap. 27. X. de iureiur.*

10) *L. 3. §. 2. D. h. t.*

lium ward, welches der Sohn zum Nachtheil des Vaters nicht veräussern konnte. So lehrt Ulpian *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* wenn er sagt: Si *ab alio donatam sibi pecuniam* filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? Et ait *Iulianus*, si quidem hac conditione ei donata sit pecunia, *ut creditori solvat*, videri a donatore profectam protinus ad creditorem, et fieri nummos accipientis: si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse, et ideo, si solverit, *condictionem patri ex omni eventu competere.* Diesem Gesetz scheint nun zwar die aus dem nämlichen *libro* 29. *Vlpiani ad Edictum* genommene *L.* 14. *D. de reb. credit.* zu widerstreiten, wo es heißt: Si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur: sed si fuerint *consumti* a creditore nummi, *Marcellus* ait, *cessare condictionem:* quoniam toties condictio datur, quoties ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset, in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti contra Senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem. Cujaz [11]), Anton Faber [12]) und Noodt [13]) glauben sogar, der Widerspruch zwischen beyden Stellen sey so offenbar, daß hier jeder Versuch einer Vereinigung vergeblich sey. Denn Marcellus, ein Prokulianer, wäre, wie Emund Merillius [14]) bemerkt, in seinen Noten

11) Observation. Lib. XIV. cap. 35.

12) Rational. in Pand. ad L. 14. D. de reb. credit.

13) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 343.

14) Commentar. ad Tit. Pand. de reb. cred. ad L. 14. cit. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. Iur. Rom.* T. III. pag. 670.)

ten über Julian, welcher bekanntlich zur Secte der Sabinianer gehörte, hierin ganz anderer Meinung gewesen. Doch meint Anton Schulting [15]), Ulpian scheine nicht undeutlich dem Marcellus beyzustimmen. Allein da man ohne Noth keinen Widerspruch annehmen darf, Ulpian auch eben so wenig die eine, als die andere Meinung verwirft; so kommen die meisten Ausleger [16]) darin überein, daß Marcellus Meinung blos von dem Falle zu verstehen sey, wenn der Gläubiger das von dem Sohne empfangene Geld in gutem Glauben consumirt hat. Hier fällt dann die Zurückforderung aus dem Grunde weg, weil durch eine bonae fidei consumtio nur in dem Falle ein Condiction begründet wird, wo durch Numeration des Geldes eine Klage hätte entstehen können, wenn dadurch das Eigenthum auf den Empfänger desselben übergegangen wäre. In dem gegenwärtigen Falle aber hätte auch dann keine Klage begründet werden können, wenn gleich der Sohn das Eigenthum des Geldes gleich anfangs z. B. dadurch, daß er von einem seiner Disposition unterworffenen Vermögen, oder mit Willen des Vaters die Schuld bezahlte, auf den Gläubiger gebracht hätte, weil er nicht in der Absicht zahlte, um den Empfänger verbindlich zu machen, sondern um sich seiner Verbindlichkeit, von welcher ihn das Senatusconsult keinesweges freyspricht, gegen seinen Gläu-

15) Thes. controversar. Decad. Dec. LIV. Th. 9.

16) *Guil.* BARCLAIUS ad Tit. Pand. de reb. cred. ad L. 14. cit. (in *Thes. Otton.* c. l. pag. 856.) *Iul.* PACIUS Legum conciliatar. Centur. III. Qu. 65. *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 9. BOECKELMANN Antinom. iur. Assert. 98. *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XVIII. Th. 34. not. β. p. 1176. POTHIER Pendect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XV. pag. 416.

Gläubiger zu entledigen. Nach dieser Erklärung versteht man dagegen Julians Meinung *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* blos von dem Falle, wenn der Gläubiger das Geld mala fide empfing, wohl wissend, daß der Sohn von des Vaters Gelde zahlte, worüber ihm keine Disposition zustand. Hier sey die Condiction, nämlich die condictio furtiva, auf jeden Fall (ex omni eventu) begründet, das Geld sey bey dem Gläubiger noch vorhanden, oder nicht. Allein auch diese Erklärung, wenn man sie näher prüft, läßt sehr erhebliche Zweifel übrig, wie schon Anton Faber[17]) gezeigt hat. Julian unterscheidet ja in der *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* nur die zwey Fälle, ob das Geld dem Sohne von einem Andern ausdrücklich zu dem Zweck, den Gläubiger damit zu bezahlen, war geschenkt worden, oder nicht. Im letzten Falle soll dem Vater eine Condiction schlechterdings, und zwar aus dem Grunde zustehen, weil hier der Sohn keine Befugniß zu alieniren hatte. Es kann also in Absicht auf das Recht des Vaters durchaus von keinem entscheidenden Einfluß seyn, in welcher Meinung der Gläubiger das Geld von dem Sohne empfing, mit welchem ihm derselbe zu zahlen nicht berechtiget war. Vielmehr läßt sich theils aus dem vom Marcell angeführten Grunde, theils aus dem Zusammenhange der *L.* 14. *D. de reb. credit.* mit den unmittelbar vorhergehenden Fragmenten schließen, daß in der *L.* 14. eigentlich von der *condictio certi ex mutuo* die Rede sey. Nimmt man diese Erklärung an, worin uns Hartmann Pistoris[18]), Wolfgang Adam Lauterbach[19]) und Samuel von

17) Rational. in L. 14. D. de reb. credit.

18) Quaest. iuris. Lib. III. Qu. 20. nr. 13.

19) Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 22.

von Cocceji [20]) vorangegangen sind; so fällt nun aller Widerspruch zwischen *L.* 14. *cit.* und *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* hinweg, und der Sinn beyder Stellen in ihrem Zusammenhange wäre der, daß der Vater das von seinem Sohne widerrechtlich bezahlte Geld, wenn es der Gläubiger consumirt hat, zwar auf jeden Fall, der Empfänger sey in bona oder mala fide gewesen, mit der condictio sine causa, auf keine Weise aber mit der condictio certi ex mutuo zurückfordern könne, weil die letztere Klage nur dann aus einer in gutem Glauben geschehenen Consumtion des Geldes entstehen kann, wenn dieselbe entstanden wäre, wofern gleich Anfangs das Eigenthum desselben auf den Empfänger wäre übertragen worden, welches aber hier der Fall nicht ist, wenn der Sohn ein aufgenommenes Geldanlehn wieder bezahlt hat. Eben so wenig würde aber auch, wie Ulpian *L.* 9. *cit.* noch hinzufügt, die condictio indebiti in dem Falle Statt finden können, da die Zahlung von dem Sohne aus Irrthum geschehen ist, weil diese Klage überhaupt wegfällt, wo die Gesetze den Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht ganz befreien, sondern ihm nur gegen die Klage des Gläubigers zur Strafe desselben eine Einrede geben [21]).

§. 901.

Auch eine stillschweigende Anerkennung der Schuld nach aufgehobener väterlichen Gewalt schließt das Macedonianische Senatusconsultum aus.

Da das Macedonianische Senatusconsultum nur dem Gläubiger, ihm zur Strafe, das Klagerecht abspricht, ohne

20) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 13.

21) *L.* 19. *pr.* *L.* 40. *pr. D. de condict. indeb.*

ohne deswegen die Verbindlichkeit des Schuldners, zu dessen Gunsten, aufzuheben [22]); so steht dem Sohne, wenn er dennoch die Schuld bezahlt hat, keine Zurückforderung zu, er habe aus Irrthum gezahlt, oder nicht [23]). Diese wird ihm sogar auch in dem Falle versagt, wo der Vater das von seinem Sohne widerrechtlich bezahlte Geld zurückzufordern befugt gewesen wäre, wenn nämlich der Vater noch vor der Zurückforderung stirbt, und der Sohn sein Erbe wird [24]). Denn da letzter das Anlehn selbst empfangen, und durch Bezahlung desselben nur eine Schuld anerkannt hat, von welcher ihn das Gesetz ohnehin nicht freysprach; so würde ihm mit Recht die exceptio doli entgegengesetzt werden können, wenn er als Erbe die Rechte seines verstorbenen Vaters geltend machen wollte [25]). Eine bloße Anerkennung der Schuld, ohne wirklich erfolgte Bezahlung derselben, ist jedoch während der väterlichen Gewalt ohne Wirkung [26]). Hätte daher der Sohn die Schuld nicht ganz, sondern nur einen Theil derselben be-

22) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 7.

23) *L. 9. §. 4. D. h. t.* Sed et ipse filius (sc. *perpetua exceptione tutus est*) et tamen non repetit: quia hi demum solutum non repetunt, *qui ob poenam creditorum actione liberantur*, non quoniam *exonerare eos* lex voluit. Add. *L. 40. pr. D. de condict. indeb.*

24) *L. 26. §. 9. D. de condict. indeb.* Filiusfamilias contra Macedonianum mutuatus si solverit, et patri suo heres effectus, velit vindicare nummos, *exceptione summovebitur a vindicatione nummorum.*

25) S. *Ant.* FABRI Rational. in L. 14. D. de reb. credit.

26) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XII. cap. 28. pag. 617. in fin. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. p. 343.

bezahlt, so kann er sich wegen des Ueberrests immer noch auf das Senatusconsultum berufen, wenn er auch erst belangt werden sollte, nachdem er sui iuris geworden ist [27]). Dahingegen verhält sich die Sache ganz anders, wenn die Anerkennung von dem Schuldner erst nach seiner Befreiung aus der väterlichen Gewalt geschieht. Hier ist sie gültig, und kann nicht nur I) ausdrücklich geschehen, wenn der Schuldner die Bezahlung des während der väterlichen Gewalt contrahirten Geldanlehns nochmals verspricht, es geschehe nun entweder durch Stipulation, in der Absicht, an die Stelle der alten Verbindlichkeit eine neue zu setzen [28]), oder ohne Stipulation durch ein bloßes Constitutum [29]); denn hierzu ist das Daseyn einer bloß natürlichen Verbindlichkeit schon hinreichend [30]); sondern sie kann auch II) stillschweigend geschehen, und zwar 1) sofern sich der Schuldner nicht durch Protestation verwahrt, in Ansehung der ganzen Schuld, a) wenn er mit der Bezahlung der Schuld den Anfang macht. Ulpian sagt ausdrücklich *L.* 7. §. 16. *D. h. t.* Si paterfamilias factus solverit partem debiti, *cessabit Senatusconsultum*: nec solutum repetere potest. Der Sinn dieser Stelle ist nämlich nach der richtigern Erklärung derselben

27) S. *Pet. Frid.* IOPPERT Diss. de mutuo a filiofamilias sui iuris facto tacite agnito. *Goettingae* 1771. §. 5.

28) *L.* 2. *Cod. h. t.* Zenodorus, si — suae potestatis constitutus *novatione facta* fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum: non esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est.

29) § 9. *I. de actionib.*

30) *L.* 1. §. 6. *et* 7. *D. de constituta pecun.* verbunden mit *L.* 10. *D. h. t.*

selben folgender: wenn der Schuldner, nachdem er von der väterlichen Gewalt befreyet worden, einen Theil der während derselben gemachten Schuld bezahlt hat, so kommt ihm, wenn er nachher wegen des Rückstandes von dem Gläubiger belangt wird, das Macedonianische Senatusconsultum nicht weiter zu statten; er kann auch eben so wenig das bereits Bezahlte wieder zurückfordern. Die Worte *cessabit Senatusconsultum* beziehen sich also offenbar auf den noch unbezahlten Theil der Schuld. Denn blos in Ansehung desselben konnte die Frage entstehen, ob das Senatusconsultum noch Statt finde oder nicht, weil dieses Gesetz dem Schuldner blos eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers, aber keine Zurückforderung des bereits Bezahlten verstattet. Daher fügt **Ulpian** noch die Worte hinzu: *nec solutum repetere potest*, welche auf den bereits bezahlten Theil der Schuld gehen. Ganz unverkennbar ist demnach in den Worten **Ulpians** der Satz ausgesprochen, daß durch Bezahlung eines Theils der Schuld die ganze Schuld anerkannt werde, und daher das Macedonianische Senatusconsult hier schlechterdings wegfalle, wenn diese Anerkennung von dem Schuldner nach Aufhebung der väterlichen Gewalt geschehen ist. So erklären diese Stelle auch die berühmtesten Rechtsgelehrten, unter denen ich hier nur einen **Anton Faber** [31]), **Hugo Donellus** [32]), **Gerh. Noodt** [33]), **Johann Voet** [34]), **Anton Schulting**

31) Rational. in Pand. ad L. 7. §. 16. D. h. t.

32) Commentar. iuris civ. Lib. XII. cap. 28.

33) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 342. §. *At non tantum.*

34) Comm. ad Pand. h. t. §. 8.

ting [35]), Bartholom. Chesius [36]), Peter Müller [37]) und Samuel von Cocceji [38]) nennen will. Demohngeachtet sind viele Rechtsgelehrten [39]) anderer Meinung, welche die angeführte Stelle Ulpians blos von dem bezahlten Theile der Schuld erklären, wegen des Rückstandes aber dem Schuldner dennoch die Einrede des Macedonischen Rathschlusses verstatten wollen. Allein diese Meinung ist schon von andern [40]) so gründlich widerlegt wor-

35) Thes. controv. Decad. LIV. Th. 8.

36) Interpretat. iuris Lib. I. cap. 43.

37) Ad STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XX. Th. 57. not. *i*.

38) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 12.

39) CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. VII. c. 2. nr. 8. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Diss. XX. Th. 8. lit. A. et B. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXVII. §. 72. MANZ Comm. ad §. 7. I. Quod cum eo, qui in alien. pot. n. 35. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XX. Th. 57. BEYER Delineat. iuris civ. sec. Pand. h. t. Posit. 12. ZIEGLER Diss. de SCto Macedoniano. Cap. II. Th. 19. in EIUS *Disceptat. select.* Them. XVI. p. 540. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. § 9. WESTENBERG Princip. iuris Rom. sec. ord. Pand. h. t. §. 19. Nr. III. REINOLD Diss. ad SCtum Macedonianum. Cap. III. §. 2. BERGER Resolut. LL. obstant. h. t. Qu. 5. u. a. m.

40) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. *Franc.* ALEF Diss. de SCto Macedoniano. Cap. V. §. 76 — 89. in EIUS *Dieb. academ.* pag. 386. sqq. *Pet. Frid.* IOPPERT Diss. de mutuo a filiofam. sui iuris facto tacite agnito. *Goett. 1771.* §. 13. sqq. Phil. Jac. Heisler Erörterung der Frage, ob eine Person, so unter väterlicher Gewalt Geld erborget, nach der Entledigung von solcher Gewalt aber etwas davon bezahlt, auch den Rückstand zu bezahlen schuldig sey? in Desselben jurist. Abhandlungen 2. Samml. Nr. VI. Gebr. Overbek

worden, daß fast nichts mehr hinzuzufügen übrig ist. Man darf in der That nur den vorhergehenden §. 15. der *L.* 7. *h. t.* lesen, so wird man sich schon von der offenbaren Unrichtigkeit jener Erklärung vollkommen überzeugen. Es heißt nämlich daselbst: Hoc amplius *cessabit Senatusconsultum*, si pater *solvere coepit*, quod filiusfamilias mutuum sumserit: *quasi ratum habuerit.* Ulpian sagt hier vom Vater, daß wenn er mit Bezahlung des von seinem Sohne während der väterlichen Gewalt aufgenommenen Darlehns den Anfang gemacht hat, ihm nachher das Macedonianische Senatusconsult nicht weiter zu statten kommen könne, weil er durch diese Partialzahlung stillschweigend die ganze Schuld anerkannt habe. Hierüber ist kein Streit. Denn die Worte sind zu deutlich gefaßt, als daß sie einen Zweifel erwecken könnten. Das Nämliche wird nun aber gleich nachher auch von dem Sohne gesagt, wenn er selbst einen Theil an seiner unter der väterlichen Gewalt contrahirten Schuld, nachdem er sui iuris geworden, abgetragen hat. Auch hier heißt es: *cessabit Senatusconsultum.* Es muß also dieser Ausdruck nach einer richtigen Erklärung auch bey dem Sohne in eben dem Sinn, wie vorher beym Vater, genommen werden, weil sich gar kein vernünftiger Grund denken läßt, warum Ulpian den daselbst vorgetragenen Fall anders in Ansehung des Vaters, und anders in Ansehung des Sohns habe ent-

bek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. Band Medit. 43. *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. Tom. II. pag. 285. not. w. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. cap. II. membr. II. §. 16. pag. 78. und Franz Schöman Handbuch des Civilrechts. 2. Band S. 206. ff.

entscheiden wollen. Es liegt vielmehr in der Natur der Sache selbst der stärkste Grund, warum sich der Sohn in Ansehung des Schuldrückstandes eben so wenig, als der Vater, mit der Einrede des Macedonianischen Senatusconsults gegen den Gläubiger weiter schützen könne; weil nämlich die Anerkennung der Zahlungsverbindlichkeit unmöglich blos auf den abschläglich bezahlten Theil der Schuld eingeschränkt werden kann, sondern sich nothwendig auf die ganze Schuld erstrecken muß, wenn nicht die Zahlung unter der ausdrücklichen Protestation geschehen ist, daß er sich dadurch zur Bezahlung des Uebrigen nicht habe verbindlich machen wollen. Non enim debet, sagt Paulus [41]), obligationem ex parte comprobare, ex parte tanquam de iniqua queri. Hätte Ulpian beym Sohne blos den Satz aufstellen wollen, daß nur die Rückforderung des gezahlten Theils der Schuld wegfalle, auf den Rest aber keine wirksame Klage durch die Stückzahlung begründet werde, so würden die Worte: *cessabit Senatusconsultum* entweder als ganz überflüßig da stehen, oder man müste annehmen, daß Ulpian in dem Nachsatze: *nec solutum repetere potest*, das wieder modificirt hätte, was er aus Ueberellung im Vordersatze zuviel gesagt zu haben glaubte. Wie ließe sich aber eine solche Erklärung, ohne dem Ansehen des römischen Juristen zu nahe zu treten, rechtfertigen? Der Partialzahlung ist b) in Rücksicht der Wirkung gleichzusetzen, wenn der Schuldner von dem während der V. G. aufgenommenen Geldanlehn nachher als Paterfamilias die Zinsen bezahlt. Denn da die Zinsen für den Gebrauch einer schuldigen Quantität gezahlt wer-

41) *L. 39. in fin. de operis libertor.*

werden, so läßt sich hieraus eine Agnition der ganzen Schuld mit vollkommenen Grund ableiten [42]). Ein Gleiches findet c) Statt, wenn der Schuldner dem Gläubiger zur Sicherheit wegen einer während der V. G. contrahirten Schuld, nach erfolgter Befreiung aus derselben, einen Bürgen stellt [43]). Dahingegen ist 2) keine vollständige Anerkennung der Zahlungsverbindlichkeit auf Seiten des Schuldners in Ansehung der ganzen Schuld anzunehmen, wenn derselbe, nachdem er sui iuris geworden, dem Gläubiger in Rücksicht auf das während der väterlichen Gewalt contrahirte Geldanlehn blos ein Pfand giebt. Hier soll die Einrede des Macedonianischen Senatusconsultums nur in so weit wegfallen, als der Werth des Pfandstücks reicht. So lehrt Ulpian *L.* 9. *pr. D. h. t.* Sed si paterfamilias factus *rem pignori dederit*, dicendum erit, Senatusconsulti exceptionem ei denegandam *usque ad pignoris quantitatem.* Es ist hier eben so merkwürdig, als in Absicht auf die Erklärung wichtig, daß dieses Fragment, wie die Inscription desselben beweißt, aus eben dem *libro* 29. *Ulpiani ad Edictum* genommen ist, aus welchem auch die oben angeführte bestrittene *L.* 7. § 16. *D. eod.* entlehnet worden, und es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß dasselbe mit dem angeführten § 16. der *L.* 7. einen unmittelbaren Zusammenhang gehabt habe. Nun zeigen die Worte *Sed si* ganz unverkennbar einen Gegensatz an, und geben einen deutlichen Beweis, daß hier eine ganz andere Entscheidung ein-

42) *L. 4. Cod. de non num. pecun.* IOPPERT cit. Diss. §. 10. et 15.

43) S. DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XII. cap. 28. pag. 616. FROMMANN Diss. de Senatusconsulto Macedoniano. §. 39.

eintrete, als in dem unmittelbar vorher §. 16. der L. 7. vorgetragenen Falle. Sie bestärken zugleich aufs neue die Richtigkeit der oben angenommenen Erklärung, daß die Worte *cessabit Senatusconsultum* in dem angeführten §. 16. gar keinen andern Sinn haben können, als daß eine Partialzahlung das Macedonianische Senatusconsultum ganz ausschließe, und daher die Einrede desselben auch wegen des Schuldrests nicht weiter Statt finden könne. Zwar läugnen diejenigen, welche dennoch das Gegentheil behaupten [44]), daß eine Nothwendigkeit vorhanden sey, den Worten *Sed si* gerade einen adversativen Sinn beyzulegen. Sie meinen, daß hier das Wort *et* einzuschalten, und daher *Sed et si* zu lesen sey [45]). Nicht nur diese Stelle sey es, sondern noch weit mehrere kämen in unsern Gesetzen vor, wo es der Zusammenhang nothwendig mache, daß man statt sed, *sed et* lesen müsse [46]). Wie leicht könnte nicht auch sed et in SET zusammengezogen worden seyn! es fehle wenigstens nicht an alten Handschriften, in welchen statt sed, *set* gelesen werde. Allein daß die florentinische Leseart, mit welcher auch fast alle Ausgaben der Pandecten übereinstimmen, hier keiner solchen Emendation bedürfe, leuchtet in

44) Man sehe z. B. BACHOV ad *Treutlerum* c. l. und REINOLD cit. Diss. Cap. 3. §. 4.

45) Die Gegner hätten sich hier auf die Ausgabe des Petrus ab Area Baudoza Cestius berufen können, in welcher wirklich *Sed et si* gelesen wird.

46) Man führt hier die *L. 5. §. ult. D. ad L. Aquil.* vergl. mit *L. 13. §. 4. D. Locati*; ferner den *§. 6. I. de Interdict.* vergl. mit *L. 1. §. 2. D. de vi et vi arm.* Desgleichen die *L. 9. §. 1. D. de usufr.* und *L. 4. §. 1. D. de rer. divis.* als Beyspiele an.

in die Augen. Es fragt sich nur, warum gerade in dem Falle, da der Schuldner seinem Gläubiger ein Pfand gegeben hat, die Einrede des Macedonianischen Rathschlußes nur bis auf den Werth der zum Pfande gegebenen Sache dem Schuldner zu versagen sey; da doch die Vernunft eben so wenig Bedenken findet, aus einer solchen Pfandgebung eine Anerkennung der ganzen Schuld abzuleiten, als aus der abschläglichen Bezahlung eines Theils der Schuld. Denn das Pfand ist ja eine Accession der Schuld, und kann ohne eine Hauptschuld nicht gedacht werden; wer nun wegen einer solchen Schuld Sicherheit leistet, muß doch wohl die Existenz derselben anerkennen. Das Unterpfand ändert auch nichts in der Natur der Hauptverbindlichkeit, es mag seinem Werthe nach dem Betrage der Hauptschuld gleich seyn oder nicht. Wie kann also der Werth des Pfandes die Gränze bestimmen, wie weit der neue Paterfamilias seine Zahlungsverbindlichkeit anerkenne? Nur die freie und unbedingte Uebergebung des Pfandes an und für sich ist diejenige Handlung, aus welcher die Anerkennung des Ganzen gefolgert wird, ohne daß ein höherer oder geringerer Werth des Unterpfands den so wichtigen Einfluß einer Theilbarkeit bewirken mag. So sprechen Vernunft und Natur des Pfandes gegen Ulpians Entscheidung. Die Rechtsgelehrten [47]) haben nun zwar zur Rechtfertigung derselben mancherley Gründe angeführt; allein wie wenig da-

47) Man vergleiche *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 9. pr. D. h. t. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. DONELLI Comment. de iure civ. Lib. XII. cap. 28. BRUNNEMANN Comment. ad Dig. pag. 639. ALEF. Diss. de SCto Macedon. Cap. V. §. 84. sqq.

dadurch das Problem aufgelößt sey, warum durch Gebung eines Unterpfandes die Schuld nur blos bis auf den Werth des Pfandes für annerkannt zu halten sey, hat Elsäßer [48]) hinlänglich gezeigt. Gerhard Noodt [49]) hält es daher für eine ganz vergebliche Mühe, den wahren Grund der Sache ausfindig zu machen. Denn es scheine Ulpians Entscheidung mehr auf einer bloßen Auctorität, als auf einem sichern Rechtsgrunde zu beruhen. Dem allen ohngeachtet zweifle ich keinen Augenblick daran, daß sich Ulpians Entscheidung vollkommen rechtfertigen lasse. Herr Hofr. Schöman [50]) glaubt zwar, Ulpians Fragment, welches allerdings etwas dunkel sey, könne nicht den Sinn haben, welchen man demselben gewöhnlich unterlegt, sondern es sey vielmehr so zu übersetzen:

„Hätte aber der Darlehnsschuldner, als Hausvater, ein Pfandstück gegeben, so muß er sich nach gezahlter Schuld, wofür er es gegeben hatte, die Retention desselben auch in Betreff des Gelddarlehns noch gefallen lassen."

Allein ich trage Bedenken, ihm hierin beyzustimmen. Man kann allerdings zugeben, daß die Befugniß des Gläubigers, das Pfand auch für eine Schuld, wofür es nicht gegeben war, zu retiniren, schon vor der bekannten Constitution des Krs. Gordian *L. un. Cod. Etiam ob chirographar. pecuniam pignus teneri posse*, welche sonst gewöhn-

lich

48) Gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 4. Bd. Nr. I. §. 8. ff.

49) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 343.

50) Handbuch des Civilrechts 2. B. S. 210. ff.

lich als die erste Quelle angeführt zu werden pflegt, zum Rechtsinstitut erhoben war [51]). Denn Gordians Verordnung ist ein Rescript. Daß aber die Römischen Kaiser durch Rescripte in der Regel kein neues Recht einführten, sondern in denselben nur nach dem gemeinen Rechte entschieden, ist eine bekannte Wahrheit [52]). Schwerlich wird man sich indessen davon überzeugen können, daß **Ulpian** in der *L. 9. D. h. t.* an dieses Retentionsrecht des Pfandgläubigers wirklich gedacht haben sollte. Ohne zu berühren, wieviel in das Fragment hineingetragen werden müßte, um ihm jenen Sinn beyzulegen — der Sohn müßte, als Paterfamilias, das Pfand für eine neue Schuld gegeben haben — so lehrt ja der unmittelbare Zusammenhang dieser Stelle mit *L. 7. §. 16. D. eodem* ganz augenscheinlich, daß hier blos die Frage davon sey, in wiefern durch eine nach der Befreiung aus der väterlichen Gewalt geschehene Anerkennung einer während derselben gemachten Geldschuld die Einrede des Macedonianischen Senatusconsults ausgeschlossen werde. Nichts war natürlicher, als die Erörterung der zwey Fälle: a) wenn der Schuldner, als Paterfamilias, einen Theil an jener Schuld bezahlt, b) wenn er in Rücksicht einer solchen Schuld ein Pfand gegeben hat, welches aber von geringerem Werthe ist, als die Schuld beträgt. Von dem allen aber abgesehen, darf man

51) Die *L. 20. D. Qui potior. in pign.* läßt sich allerdings, ohne ein solches Retentionsrecht des Gläubigers anzunehmen, nicht wohl erklären.

52) S. PÜTTMANNI Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 14. p. 108. und Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 38.

man nur erwägen, daß sich die Einrede des Macedon. Senatusconsults wohl nicht anders denken läßt, als wenn der Gläubiger auf die Bezahlung des Darlehns klagt. Wenn hingegen der Gläubiger, ohne zu klagen, blos das Retentionsrecht an einem Pfande für eine andere Forderung, für welche ihm solches nicht gegeben war, ausübt, so kann zwar, wenn nach bezahlter Pfandschuld das Pfand vom Schuldner zurückgefordert wird, von einer demselben entgegenstehenden exceptio doli mali [53]), aber wohl nicht von einer dem Schuldner zustehenden exceptio Senatusconsulti Macedoniani, von welcher doch hier **Ulpian** ausdrücklich spricht, die Rede seyn. Alles erwogen, scheint mir noch immer die Erklärung des **Voet** [54]) die treffendste zu seyn, wenn er sagt, daß in der Pfandgebung die stillschweigende Protestation liege, der Schuldner wolle die Schuld weiter nicht anerkennen, als soweit der Werth des Pfandes zur Befriedigung des Gläubigers reicht. Das Pfand ist zwar freylich eine Accession der Schuld, und läßt sich ohne das Daseyn derselben nicht gedenken. Allein es verwandelt keine unwirksame Verbindlichkeit in eine klagbare, sondern läßt sie an und für sich auf ihrem Werthe beruhen. Wenn daher der Schuldner, nachdem er sui iuris geworden ist, in Rücksicht eines während der väterlichen Gewalt contrahirten Geldanlehns ein Pfand giebt, so ist zwar die Verpfändung an sich gültig, allein die

53) *L. un. C. Etiam ob chirogr. pecun.* sagt: Si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere *propter exceptionem doli mali* non cogeris.

54) Comm. ad Pand. h. t. §. 8.

die Wirkung derselben kann sich ihrer Natur nach weiter nicht erstrecken, als daß der Gläubiger, bey unterbleibender Bezahlung der Schuld, das Pfand zu seiner Befriedigung veräussere. Der Schuldner hat sich also auch zur Befriedigung seines Gläubigers nicht weiter verbindlich gemacht, als soweit solche aus dem Werthe des Unterpfandes genommen werden kann. Reicht nun der Werth dazu nicht hin, so kann die Pfandgebung an sich wegen des Ueberrests der Schuld den Effect der Klage nicht mit sich führen. Mit dieser Erklärung stimmt auch der heutige Gerichtsgebrauch überein [55].

§. 902.

Desgleichen Einwilligung und Genehmigung des Vaters.

Weil der Macedonianische Senatsschluß, wie bereits oben bemerkt worden ist, zugleich das Beste der Väter zum Zweck hat; so ist natürlich davon kein Gebrauch zu machen, wenn die Geldaufnahme vom Sohne mit des Vaters Einwilligung geschehen ist. Es kann sich daher so wenig der Vater, als der Sohn darauf berufen 1) wenn der Vater in das Geschäft entweder gleich Anfangs ausdrücklich gewilliget, oder solches wenigstens nachher genehmiget hat [56]. Nach einer neuern Verordnung des Krs Justinian soll durch eine solche Genehmigung des Va-

55) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 12.

56) *L.* 2. *Cod. h. t.* Zenodorus, *si patris voluntate contraxit*, — non esse locum *decreto amplissimi ordinis*, rationis est. S. DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XII. cap. 27 pag. 614. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 23. und MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XX. Th. 57. not. μ. ν. et ξ.

Vaters das Geschäft rückwärts in allem Betracht vollgültig werden, eben so als ob der Vater gleich anfangs darein gewilliget hätte. Sancimus, sagt Justinian *L. ultima Cod. h. t.* quemadmodum, si ab initio voluntate patris, vel mandatu filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constitueretur; ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse huiusmodi contractum: cum testimonium paternum respuere satis iniquum sit. *Necesse est enim patris ratihabitionem, vel principali mandato patris, vel consensui non esse absimilem: cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt.* Es kann auch dem Gläubiger eine nachher erfolgte Willensänderung des Vaters zu keinem Nachtheile gereichen, wenn er, ohne davon Wissenschaft erhalten zu haben, dem Auftrage des Vaters gemäß das Darlehn dem Sohne ausgezahlt hat. Paulus sagt *L. 12. D. h. t.* Si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus Senatusconsulto non erit: *quoniam initium contractus spectandum est.* Uebrigens ist es, wegen des leicht möglichen Betrugs, noch für keinen Beweis der väterlichen Einwilligung oder Genehmigung zu halten, wenn die Handschrift blos mit des Vaters Petschaft besiegelt [57]), wohl aber, wenn sie vom Vater selbst eigenhändig unterschrieben ist [58]).

2) Wenn

57) *L. 2. Cod. de reb. alien. non alienand.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

58) *L. 1. §. 4. D. Quod iussu*, et Arg. *L. 56. §. 1. D. de pignor. et hypoth.* HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 4136. Christ. Gottl. Gmelin von Aufsätzen über Verträge

2) Wenn der Vater weiß, daß der Sohn Geld aufnimmt, und dazu ſchweigt, ohne dem Gläubiger ſeine Mißbilligung ſofort ausdrücklich zu erkennen zu geben [59]), oder wenn er die Schulden ſeines Sohns ſchon öfters, ohne Widerſpruch, bezahlt hat [60]). Denn hierdurch hat er ſtillſchweigend in den Credit, und fernern Credit des Sohns gewilliget. 3) Wenn der Sohn mit Einwilligung des Vaters Handlung treibt, und das Geldanlehn zum Behuf derſelben aufgenommen hat [61]). Hier fällt das Senatusconſultum darum weg, weil die Einwilligung des Vaters zu vermuthen war, wenn nicht die Geldaufnahme dem Sohne ausdrücklich war unterſagt worden, wie Ulpian lehrt *L.* 7. §. 11. *D. h. t.* [62]). Wäre der Sohn nur als Factor der Handlung vorgeſetzt, und er hätte in dieſer Qualität Gelder aufgeborgt, ſo behaupten zwar mehre-

re,

träge überhaupt, von Schuld- und Pfandverſchreibungen insbeſondere. §. 103. S. 220.

59) *L. 12. L. 16. D. h. t.* wo es heißt: debet pater, ſi actum filii ſui improbat, continuo teſtationem interponere contrariae voluntatis. S. VOET c. l. § 4. in fin.

60) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIII. med. 2. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 5.

61) STRUV Synt. iur. civ. Ex. XX. Th. 57. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Diſp. XXVIII. Th. 31.

62) Ulpian ſagt: Nam *ſi ſcit eum negotiari*, *etiam hoc permiſiſſe videtur*, ſi non nominatim prohibuit merces accipere. *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. hält nicht ohne Grund die Worte *merces accipere* für fehlerhaft, und will dafür *pecuniam* accipere geleſen wiſſen. Haloander hat *mutuum accipere.* Mit dieſer Leſeart ſtimmt auch unſer Cod. Pand. Erlang. überein.

re [63]), daß das Macedonianische Senatusconsult nur in Ansehung des Präponenten wegfalle, insofern gegen diesen die actio institoria begründet sey; der Sohn hingegen könne sich noch immer mit der Einrede jenes Senatusconsults schützen. Allein die angeführte *L.* 7. §. 11. *h. t.* unterscheidet vielmehr nicht undeutlich, ob der Vater selbst den Sohn seiner Handlung vorgesetzt hat, oder ob der Sohn einer fremden Handlung als Factor vorsteht. In dem ersten Falle sagt **Ulpian**: Locum esse Senatusconsulto. Scribit enim JULIANUS libro 12. ipsum quidem institorem *exceptione Senatusconsulti* usurum, si conveniatur: sed *institoriam actionem* adversus eum, qui praeposuit, competere. In dem letzten Falle hingegen behauptet **Ulpian** bestimmt das Gegentheil: Quamquam, sagt er, si *ipse pater* eum praeposuisset *merci suae*, vel peculiarem (sc. mercem) exercere passus esset, *cessaret Senatusconsultum* [64]). In allen diesen Fällen nun, wo die Geldaufnahme mit Einwilligung oder Genehmigung des Vaters geschehen ist, kann auch

63) VOET Comm. h. t. §. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4136. nr. III.

64) Mit dieser Erklärung stimmen auch die *Basilica* Tom. II. Lib. XVIII. Tit. 4. Const 2. pag. 362 überein, wo es heißt: Ἐὰν ὑπεξούσιος ὁ προεςὼς δανείσηται· ὁ μὲν προςήσας αὐτὸν ἐνάγεται τῇ κατὰ τοῦ προςήσαντος κινουμένῃ ἀγωγῇ. αὐτὸς δὲ τὴν τοῦ δόγματος ἔχει παραγραφὴν, εἰ μὴ ὁ πατὴρ αὐτὸν τῆς ἰδίας προςήσατο πραγματείας, ἤνεσχετο ἐν τῷ πεκουλίῳ αὐτὸν πραγματεύεσθαι. i. e. *Si filiusfamilias institor mutuam pecuniam acceperit, ille quidem, qui eum praeposuit, actione institoria convenitur: ipse vero Senatusconsulti exceptionem habet, nisi pater eum merci suae praeposuit, vel in peculio negotiari passus est.*

auch eine Verpfändung ſolcher Sachen, die dem Vater gehören, für eine ſolche Schuld gültig geſchehen; und es wird auch kein Beweis einer nützlichen Verwendung erfordert. Es ſind hier folgende Stellen merkwürdig.

L. 4. *C. h. t.* Si *permittente patre* filiofamilias pecuniam mutuam dediſti: Senatusconſulti poteſtas non intervenit, *et ideo perſecutio pignoris*, *quod in bonis patris fuit*, *non denegabitur*: praeſertim cum idem filius heres extiterit: modo ſi nullus alius iure conventionis vel ratione temporis et ordinis potior apparuerit.

L. 5. *Cod. eodem.* Sane ſi iuſſu patris datum mutuum probetur: *nec in quos uſus verſa ſit pecunia*, *disquiri neceſſe eſt*, ſed perpetua in patrem, etiam mortuo filio, eſt actio.

4) Wenn das Geld zum Beſten des Vaters entweder unmittelbar verwendet worden, oder damit ſolche Ausgaben beſtritten ſind, welche dem Vater pflichtmäßig oblagen [65]). Daß der Sohn das Geld gleich Anfangs wirklich und namentlich zum Beſten des Vaters aufnahm, iſt nicht nöthig. Wenn er es auch für ſich borgte, und es nur nachher zum Nutzen des Vaters verwendet hat; ſo findet das Senatusconſultum keine Anwendung. Folgende Geſetzſtellen werden alles dieß hinlänglich beſtärken.

L. 7. §. 12. *D. h. t.* Proinde ſi acceperit pecuniam, *et in rem patris vertit*, ceſſat Senatusconſultum: patri enim, non ſibi accepit. Sed et ſi ab initio non ſic accepit, *verum poſtea in rem patris vertit*, ceſſare Sena-

65) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XII. cap. 27. pag. 614. Verb. *Altera exceptio eſt*. etc.

Senatusconſultum, libro 12 Digeſtorum IULIANUS ait: *intelligendumque ab initio ſic accepiſſe, ut in rem verteret.* Non tamen vertiſſe videbitur, ſi mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum [66]) ſolvit, et ideo, ſi pater ignoravit [67]), adhuc Senatusconſulto locus erit.

L. 2. Cod. eodem. Zenodorus ſi — *in eam rem* pecuniam accepit, *quae patris oneribus incumberet*, — non eſſe locum decreto ampliſſimi ordinis, rationis eſt.

Es gehören hierher vorzüglich folgende Fälle. a) Wenn der Sohn, in der Entfernung von seinem Vater, zur Bestreitung der Studier- oder Legationskosten Geld aufgenommen, soviel ihm nämlich dazu nöthig war, und ihm der Vater gewöhnlich selbst zu schicken pflegte [68]).

L. 9. § 13. D. h. t. Quod dicitur, in eo, qui ſtudiorum cauſa abſens mutuum acceperat, ceſſare Senatusconſultum, ita locum habet, ſi probabilem modum in mutuo non exceſſit: certe eam quantitatem, quam pater ſolebat ſubminiſtrare.

L. 5.

66) Zwischen dem Vater und seinem noch unter der väterlichen Gewalt stehenden Sohne kann zwar keine bürgerlich vollgültige, aber wohl eine natürliche Verbindlichkeit statt finden. *L. 50. ad SCt. Trebell. L. 16. D. de furt. L. 38. D. de condict. indeb.* Nahm also der Sohn zur Tilgung derselben Geld auf, so verwendete er solches blos zu seinem eigenen Gebrauche. S. *Ant.* FABRI Rational in h. L.

67) Wußte der Vater, daß der Sohn das Geld geborgt hatte, womit er ihn bezahlte, so kann er sich nicht mehr mit der Einrede des Senatusconsults schützen.

68) S. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 103. S. 220. ff.

L. 5. *Cod. eodem.* Macedoniani Senatusconſulti auctoritas petitionem eius pecuniae non impedit, quae filiofam. *ſtudiorum vel legationis cauſa* alibi degenti, ad *neceſſarios ſumtus, quos patris pietas non recuſaret,* credita eſt.

Wider ein ſolches Anlehn kommt weder dem Vater noch dem Sohne das Macedonianiſche Senatusconſultum zu ſtatten [69]; ja nach der Meinung vieler Rechtsgelehrten [70] auch nicht einmal dann, wenn das zur Beſtreitung nothwendiger Ausgaben aufgenommene Geld vom Sohne nachher verſchleudert worden wäre. Allein nach einer richtigeren Theorie iſt dieſe Meinung billig zu verwerffen [71]. Es wird vielmehr, wenn das Senatusconſultum ganz wegfallen ſoll, vorausgeſetzt, daß die nützlich geſchehene Verwendung erweißlich ſey. Die oben angeführte *L.* 5. *Cod. h. t.* läßt keinen Zweifel übrig, wenn man beſonders damit *L.* 3. §. 9. *D. de in rem verſo* verbindet. Man beruft ſich zwar dagegen auf *L.* 47. §. 1. *D. de ſolutionib.* wo **Marcian**, in Beziehung auf die Auctorität des **Scävola**, ſagt: In filiofamilias *Macedonianum* ceſſare, ſi *in neceſſarias cauſas* filius mutuam pecuniam acceperit, et *eam perdiderit.* Allein der ganze Zuſammenhang dieſer Stelle mit den vorhergehenden Worten, und die Vergleichung, welche hier **Marcian** zwiſchen einem Pupillen und einem Familienſohne anſtellt, lehrt ganz deutlich, daß von einem

69) S. Thibaut Syſtem 1. B. §. 378.

70) MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XX. Th. 67. not. o. pag. 1339. VOET Comm. h. t. §. 5. FROMMANN Diſſ. de SCto Macedon. §. 51.

71) Man ſehe vorzüglich DONELLUS c. l. pag. 615.

einem solchen Falle die Rede sey, wo der Sohn das zu nöthigen Ausgaben, von welchen er den Vater dadurch befreiete, aufgenommene Geld zwar zweckmäßig verwendet, die damit angeschafte Sache aber nachher zufällig wieder verloren hat. Hier soll dennoch das Macedonianische Senatusconsult wegfallen, weil der Vater doch noch immer insoweit locupletior ist, daß demselben durch die Geldaufnahme seines Sohns eine pflichtmäßige Ausgabe erspart wurde, wie **Franz Florens** [72]), und **Robert Joseph Pothier** [73]) dieses Fragment ganz richtig erklärt haben. b) Wenn der Sohn das Geld aufnahm, um eine gültige Schuld damit zu bezahlen, welche der Vater hätte bezahlen müssen. **Ulpian** sagt L. 7. §. 14. *D. h. t.* Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summoveretur, Senatusconsulti cessabit exceptio. c) Wenn der Sohn mit dem Gelde seine Schwester dotirte, welcher der Vater ein Heyrathsgut zu geben schuldig war. Diesen Fall führt **Paulus** *L.* 17. *D. h. t.* an, wo es heißt: Filiusfamilias si in id acceperit mutuam pecuniam, *ut eam pro sorore sua in dotem daret*, pater eius de in rem verso actione tenebitur: ipsi enim, mortua in matrimonio puella, repetitio dotis datur [74]). Keineswegees ist es jedoch für

72) Tractat. ad Titulum Dig. et Cod. de solutionib. et liberat. ad L. 47. cit. in EIUS *Operib. iuridic.* cura *Ignat. Christph.* LORBER *a* STOERCHEN edit. Tom. II. (*Norimb. 1756.* 4.) pag. 494.

73) Pandect. Iustinian. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 3. Nr. XX. not. c. et d. pag. 354.

74) Man vergleiche noch *L. 5. §. 8. D. de iure dot.* und MÜLLER ad *Struvium* Ex. XX. Th. 57. not. o. Nr. III.

für eine verſio in rem patris zu halten, wenn die Familientochter das erborgte Geld auf ihren Putz verwendet hat, oder das Geld noch baar in dem Peculium des Sohns vorhanden iſt, wie Ulpian *L.* 9. §. 2. *D. h. t.* lehrt. Hoc Senatusconſultum et ad *filias* quoque *familiarum* pertinet. Nec ad rem pertinet, ſi adfirmatur, *ornamenta ex ea pecunia comparaſſe:* nam et ei quoque, qui *filiofamilias* credidit, decreto ampliſſimi ordinis actio denegatur: nec intereſt, conſumti ſint nummi, *an exſtent in peculio* [75]). Mehrere Rechtsgelehrte [76]) glauben zwar, daß wenn das Geld ſich noch baar in den Händen des Sohnes befindet, dieſem wenigſtens die Einrede des Senatusconſults nicht zu geſtatten ſey, weil die Billigkeit nicht erlaube, ſich mit des Andern Schaden zu bereichern. Allein dagegen haben ſchon andere mit Recht erinnert, daß von dieſer Regel der Billigkeit hier kein Gebrauch zu machen ſey, wo das Geſetz dem Gläubiger zur Strafe die Klage verſagt [77]).

Aus

75) Daß deßhalb die actio de peculio auch gegen den Vater nicht begründet ſey, lehrt *L. 6. Cod. h. t.* ausdrücklich. Zwar ſcheint *L. 1. Cod. Ne filius pro patre* entgegen zu ſtreiten, wo es heißt: Neque *ſi contra Senatusconſultum Macedonianum mutua pecunia data* eſt, amplius, quam *de peculio actionem* ſuſtinere cogitur. Allein alle Schwierigkeit hebt ſich, wenn man ſtatt neque ſi vielmehr *neque ei* lieſet. Man ſehe *Herm.* CANNEGIETER Obſervat. iuris Rom. Lib. II. cap. 11. pag. 184. ſqq.

76) VOET Comm. h. t. §. 5. in fin. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

77) S. *Hug.* DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XII. cap. 25. §. *Et omnem hanc actionem* etc. pag. 609. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 9. §. 2. D. h. t. *Ger.* NOODT Comm. ad

Aus allem ergiebt sich also so viel, daß nur die Einwilligung oder Genehmigung des Vaters, sie geschehe nun ausdrücklich oder stillschweigend, oder lasse sich unter Umständen vermuthen, das Macedonianische Senatusconsult ausschließe. Dahingegen sichert die Einwilligung der Mutter den Darleiher eben so wenig, als die Zustimmung des dem Sohn auf die Academie mitgegebenen Hofmeisters [78].

§. 903.

Einrede des Macedonianischen Senatusconsults.

Das Macedonianische Senatusconsult giebt nur eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers. Diese Einrede gehört zu den dinglichen Exceptionen, welche auf der Sache haften, und steht daher nicht nur dem Sohne, sondern auch dem Vater, so wie auch beyder Erben zu [79]. Ob selbige auch dem Bürgen zu Statten komme, hat zwar bestritten werden wollen [80]. Allein für die bejahende Mei-

ad Dig. h. t. §. *Ut igitur apparet.* pag. 340. *Ev.* OTTO Commentar. ad §. 7. I. Quod cum eo, qui in al. pot. est. not. 4. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. s. pag. 283. und Thibaut System des P. R. 1. B. §. 378.

78) S. GASSER select. Observat. for. Cap. VIII. Obs. 31. nr. 9. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXIII. medit. 6. *Io. Ge.* BRÜCKMANN Diss. de filiofam. in genere paciscente, in specie mutuum contrahente. *Erf. 1748.* Cap. 2. §. 4. in fin.

79) *L. 7. §. 10. D. h. t.* Quamquam autem non declaret Senatus, cui exceptionem dat, tamen sciendum est, et *heredem filii,* si paterfamilias decesserit, et patrem eius, si filiusfamilias decesserit, exceptione uti posse.

80) S. *Io. Laur.* DRECHSLER Diss. de exceptione SCti Macedoniani fideiussoribus filiorumfamilias deneganda. *Altorfii 1758.*

Meinung sprechen so bestimmte Gesetze, daß es nur Zeitverlust seyn würde, bey dieser Controvers zu verweilen, wenn auch die seichten Gründe der verneinenden Meinung nicht schon von Andern [81]) zur Genüge wären widerlegt worden. Folgende Gesetzstellen sind hier ganz entscheidend.

L. 9. §. 3. *D. h. t.* Non solum filiofamilias, et patri eius succurritur: verum *fideiussori* quoque, et *mandatori* eius: *qui et ipsi mandati habent regressum*, nisi forte donandi animo intercesserunt. Tunc enim, *cum nullum regressum habeant*, Senatusconsultum locum non habebit.

L. 2. *D. Quae res pignori.* Si alius pro muliere, quae intercessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamilias, cui contra Senatusconsultum creditum est: an his succurritur, quaeritur? Et in eo quidem, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur, succurri ei: sicuti fideiussori mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo, *qui pro filiofam. rem suam obligavit*, eadem dicenda erunt, quae tractantur et *in fideiussore eius.*

L. 7. §. 1. *D. de exceptionib.* Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt: ut rei iudicatae, doli mali, jurisiurandi, quod metus causa

81) Vergl. *Io. Lud. Es.* PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 19. *Dan.* NETTELBLADT Diss. sist. thesin: Exceptionem SCti Macedoniani etiam fideiussori pro filiofamilias competere. *Halae* 1785. *Car. Frid.* WALCH Introd. in Controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. memb. II. §. 19. und Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 114. und §. 115.

causa factum est. — Idem dicitur, et *si pro filiofamilias contra Senatusconsultum quis fideiusserit.*

Wie hätte auch dem Gläubiger eine wirksame Klage gegen den Bürgen gegeben werden können, ohne zugleich diesem den Regreß gegen den Schuldner zu gestatten? Und was wäre denn nun für ein Unterschied, ob der Sohn dem Gläubiger, oder dem Bürgen zahlt? er wäre hierdurch ein gültiger Schuldner geworden, und das Senatusconsult durch die Annehmung eines Bürgen unwirksam gemacht [82]). Wo nun aber freylich jener Regreß wegfällt, kann das Senatusconsultum dem Gläubiger nicht weiter hindern, sein Recht wider den Bürgen klagend zu verfolgen. Dies ist der Fall, wenn letzterer animo donandi die Bürgschaft übernommen hat, das ist, wenn sich der Bürge dem Gläubiger eben dafür zu haften verpflichtet hat, daß wider ihn von der gerichtlichen Unwirksamkeit der Hauptschuld, welche er kannte, kein Gebrauch gemacht werden solle [83]). Nach Ulpians Ausspruche haftet jedoch der Bürge auch dann, wenn er zwar nicht animo donandi, aber doch mit Einwilligung des Vaters intercedirte, weil hierdurch der Vater das ganze Geschäft genehmiget hat [84]).

Ausser-

82) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 9. §. 3. h. t. *Io. Adolph.* SCHUBERTH Diss de fideiussione pro filiofamilias mutuum contrahente invalida. *Lipsiae 1723* und *Franc.* ALEF Diss. de SCto Macedon. Cap. II. § 23. et 24.

83) Webers angef. Entwickel. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 113. S. 486. f.

84) *L. 9. §. 3 D. h. t.* Sed et si non donandi animo, *patris tamen voluntate* intercesserunt, *totus contractus a patre videbitur comprobatus.*

Ausserdem ist die Bürgschaft für eine dem Macedonianischen Senatusconsult zuwider contrahirte Schuld dergestalt ungültig, daß auch nicht einmal nach dem Tode des Sohnes ein Bürge dafür gültig vom Vater gegeben werden kann, wie folgende Stelle beweißt:

L. 11. *D. de fideiussorib.* Qui contra Senatusconsultum filiofamilias crediderit: mortuo eo; fideiussorem e patre accipere non potest: quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet; *nec est ulla hereditas, cuius nomine fideiussores obligari possent* [85]).

Eben dieses bestätiget auch Venulejus *L.* 18. *D. h. t.* wo er sagt: Creditorem filiifamilias, mortuo eo, fideiussorem accipere non posse, IULIANUS scribit: *quia nulla obligatio aut civilis, aut naturalis supersit, cui fideiussor accedat.* Hat jedoch der Bürge die Schuld bezahlt, so findet eben so wenig eine Zurückforderung statt, als wenn der Sohn selbst gezahlt hätte. Et hi tamen, sagt Ulpian *L.* 9. §. 4. *D. h. t.* qui pro filiofamilias sine voluntate patris eius intercesserunt, *solvendo non repetent*, wovon Paulus *L.* 10. *D. eodem* den Grund angiebt, *quia naturalis obligatio manet.*

Noch entsteht die Frage, ob der Richter auch von Amtswegen auf diese Einrede Rücksicht nehmen, und die

85) *Hug.* DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XII. c. 25. §. *Altera dubitatio*, pag. 610. bemerkt jedoch, daß nach der *Nov. 118. cap. 1.* ein Anders zu behaupten sey, nach welcher ein Sohn, der auch während der väterlichen Gewalt stirbt, einen wahren Erben hinterlassen kann. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 18. h. t. widerspricht indessen dieser Meinung.

die Klage des Gläubigers verwerffen könne, wenn gleich die Einrede des Macedonianischen Senatusconsults nicht vorgeschützt worden ist. Hellfeld entscheidet diese Frage verneinend. Eben dieser Meinung ist auch Leyser [86]). Andere [87]) hingegen tragen kein Bedenken, jene Frage zu bejahen. Denn das Senatusconsultum sey in solchen Ausdrücken abgefaßt, welche das demselben zuwider eingegangene Geschäft schlechterdings und dergestalt für ungültig erklären, daß dem Gläubiger deshalb gar keine Klage gestattet werden solle [88]). Sie behaupten daher, daß der Richter die Einrede dieses Senatsschlußes nicht nur ergänzen könne, sondern auch sogar aus Amtspflicht ergänzen müsse. Noch andere [89]) unterscheiden zwischen dem Römischen und heutigen Rechte. Nach dem ersten komme es lediglich darauf an, ob es ganz ausser Streit sey, daß das Geld, auf dessen Bezahlung die Klage des Gläubigers gerichtet worden, dem Beklagten gegen das Macedonianische Senatusconsult geliehen sey, oder ob darüber noch ein

86) Meditat. ad Pand. Specim. CLIII. medit. 3.

87) S. Christ. Wilh. Wehrn Theor. pract. Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen. §. 68. S. 124 f.

88) Nicht nur SUETONIUS in *Vespasiano* cap. 11. sage: *ne exigendi crediti ius unquam esset:* sondern auch in dem Macedon. Senatusconsult heiße es nach *L. 1. pr. D. h. t.* ausdrücklich: *ne actio petitioque daretur*; d. i. es solle durchaus keine Klage, weder eine persönliche (actio), nämlich die condictio certi ex mutuo, noch eine dingliche (petitio), nämlich die rei vindicatio, wenn das Geld noch in Natur vorhanden ist, oder die hypothekarische Klage, wenn der Schuld wegen eine Hypothek bestellet worden, Statt haben.

89) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 15.

ein Zweifel obwalte. Im ersten Falle habe die Klage sogleich verworfen werden können. In dem letzten Falle hingegen, wo es noch ungewiß sey, ob nicht die Einrede des Senatusconsults durch eine Replic des Klägers entkräftet werden könne, sey zwar dem Gläubiger die Klage nach der röm. Gerichtsordnung gestattet worden, aber mit Vorbehalt der Einrede: *Praeterquam si contra Senatusconsultum pecunia mutua data, vel fraus ei cogitata esset* [90]. Allein heutzutage, und seitdem überhaupt die impetrationes actionum durch die *L. 2. C. de formulis et impetrationibus actionum sublatis* aufgehoben wären, könne die Klage nicht mehr vom richterlichen Amtswegen verworfen, sondern nur durch Hülfe der Exception vernichtet werden. Die richtige Meinung ist unstreitig die, daß der Richter die Einrede des Macedonianischen Rathschlusses nie von Amtswegen suppliren dürfe, wenn sie der Beklagte nicht vorgeschützt hat. Denn da es so viele Fälle giebt, wo diese Einrede wegfällt, wie noch besonders der folgende Paragraph lehren wird, so kann der Richter nie sicher seyn, ob nicht die Einrede durch eine Replic des Klägers entkräftet werden könnte. Nun ist der Richter in der Ungewißheit dem Kläger das rechtliche Gehör zu versagen, offenbar eben so wenig befugt, als der Kläger schuldig ist, gegen eine Einrede, welche nicht vorgeschützt wurde, seine Vertheidigung durch Replic zu führen. Der Richter kann also die Einrede, so lange sie nicht vorgeschützt worden ist, nie für unzweifelhaft halten, und er würde also gegen alle

90) DONELLUS Commentar. Lib. XII. cap. 25. pag. 609. und REINOLD Diss. ad SCtum Macedon. Cap. II. §. 8.

le Forderungen richtiger Grundsätze sein Urtheil auf etwas bauen, worüber beyde Theile noch nicht gehört worden sind. Mit diesen Grundsätzen stimmt auch selbst das römische Recht überein. Denn nach dem Ausspruche Ulpians *L.* 11. *D. h. t.* kann der Beklagte, auch selbst der Familiensohn, verurtheilt werden, wenn er die Einrede des Senatusconsults nicht vorgeschützt hat. Nun kann sich zwar, wie Ulpian ebenfalls sagt, der Beklagte dieser Einrede auch noch nach erfolgter Condemnation bedienen, und die Execution dadurch abwenden; allein gerade dieses beweißt, daß ohne Vorschützung dieser Einrede auch zur Execution geschritten werden könne [91]). Man sieht hieraus, daß die Einrede des Macedonianischen Senatusconsults zu den privilegirten Einreden gehört, welche auch noch nach der Sentenz in dem Executionstermin vorgeschützt werden kann, sie muß nur sogleich liquid gemacht werden können [92]).

§. 904.

91) Hiermit stimmen überein *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. et Lib. XVI. Tit. 1. §. 7. und Gönner im Handbuch des deutsch. gemeinen Prozeßes 1. Band Nr. X. §. 13.

92) *Io.* SCHILTER in Prax. iur. Rom. Ex. XXVII. §. 78. meint zwar, nach der heutigen Praxis lasse sich dieses nicht mehr behaupten. Allein man sehe LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. *Io. Pet. de* LUDEWIG Differentiae iuris Rom. et Germ. in mutuo. Diff. XI. und LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXIII. medit. 5. Zwar will MÜLLER in Observat. pract. ad Leyserum Tom. II. Obs. 348. einen Unterschied machen, ob die exceptio SCti Macedoniani vom Sohne selbst, oder von einem Andern, z. B. von dem Erben oder Bürgen vorgeschützt werde. Nur im ersten Falle könne sie noch zur Abwendung der Execution gebraucht werden, in dem andern Falle aber nicht. Allein

diese

§. 904.

Fälle, wo die exceptio SCti Macedon. ausnahmsweise nicht vorgeschützt werden kann.

Es giebt nun noch mancherley Fälle, wo die Einrede des Macedonianischen Senatusconsults nicht statt findet, und zwar kann sie in einigen blos vom Sohne nicht, in andern aber weder vom Vater noch vom Sohne vorgeschützt werden.

I) Der Sohn kann sich derselben nicht bedienen 1) wenn er ein seiner freien Administration unterworfenes Peculium besitzt. Von dieser Art ist nicht blos das peculium castrense, und quasi castrense [93]), sondern unstreitig auch das peculium adventitium extraordinarium. In Rücksicht des letztern sind zwar mehrere Rechtsgelehrte [94]) anderer Meinung. Allein da nach der Nov. 117. Kap. 1. dem Familiensohne, wenn er majorenn ist, die freie Verwaltung eines solchen Pekuliums wenigstens unter den Lebenden zusteht, so läßt sich die Richtigkeit jenes Grundsatzes mit Recht nicht bezweifeln [95]). Jedoch haf-

diese Meinung widerlegt sich dadurch von selbst, daß Ulpian *L. 11. D. h. t.* sagt: der Sohn könne sie vorschützen *exemplo mulieris intercedentis.* S. EMMINGHAUS ad *Coccejum* cit. loc. not. v.

93) *L. 1. §. 3. L. 2. D. h. t. §. ult. I. de milit. testam.*

94) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 10. *Io. Pet. de* LUDEWIG Differentiae iuris Rom. et Germ. in mutuo. *Halae 1715.* Differ. X. not. ee. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4133. not. d.

95) CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. VII. cap. 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit.

tet er nur, soweit das Pekulium zureicht [96]. 2) Wenn sich der Sohn lügenhaft für einen Paterfamilias ausgab, und der Gläubiger auch erweislich guten Grund hatte, der Behauptung seines Schuldners Glauben beyzumessen [97]. Denn auch selbst die Lüge des Sohns schließt an sich die Einrede des Macedonianischen Senatusconsults nicht aus, wenn der Gläubiger wußte, oder leicht wissen konnte, daß sein Schuldner noch in der väterlichen Gewalt sey [98]. 3) Wenn er nach seiner Entlassung aus der väterlichen Gewalt, sie sey durch Emancipation oder eine Würde, oder auf andere Art geschehen, das während derselben contrahirte Anlehn genehmiget hat [99].

II Nicht

Tit. II. Th. 2. Not. 10. STRYK de cautel. contract. Sect. II. Cap. I. §. 14. FROMMANN Diss. de SCto Macedon. §. 26. ALEF Diss. cit. §. 66. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iur. contr. an Macedon. SCtum prosit filiofam. peculium irregulare habenti. *Lipsiae* 1775. *Gall. Aloys.* KLEINSCHRODT Diss. de iure filiifam. disponendi de peculio. Cap. I. §. 9. u. a. m.

96) *L. 2. D. h. t.* Usque ad *quantitatem castrensis peculii:* cum filiifam. in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur. Das Nämliche gilt unstreitig auch vom peculio quasi castrensi und adventitio irregulari. S. *Mich. God.* WERNHER Lectissimae Commentat. in Pand. h. t. §. 3.

97) *L. 1. Cod. h. t.* Si filius, cum in potestate patris esset, mutuam a te pecuniam accepit, cum se patremfamilias diceret, eiusque affirmationi credidisse te iusta ratione edocere potes, exceptio ei denegabitur.

98) Man vergleiche hier vorzüglich DONELLI Commentar. de iure civ. Lib. XII. cap. 26. §. *Causae extrinsecus intervenientes* etc. pag. 612.

99) *L. 2. Cod. eodem.* DONELLUS c. l. cap. 28. pag. 616.

II. Nicht nur von Seiten des Sohns sondern auch des Vaters fällt die Einrede weg, 1) wenn der Sohn zur Zeit des Contracts Soldat war. Es kommt hier nichts darauf an, das Geld sey geliehen oder verwendet worden, zu welchem Zweck es wolle, der Vater habe seine Einwilligung dazu gegeben, oder nicht, der Sohn habe ein peculium castrense oder nicht [100]. Die hierher gehörige merkwürdige Constitution des Krs Justinian *L.* 7. §. 1. *Cod. h. t.* ist schon an einem andern Orte [1]) erklärt worden. 2) Wenn der Gläubiger gute Gründe hatte, den Sohn für einen freien Hausvater zu halten [2]). Da jedoch Jeder, welcher sich mit einem Andern in ein Geschäft einlassen will, sich um die Verhältnisse desselben bekümmern muß [3]), so liegt hier immer dem Gläubiger der Beweis ob [4]). Sollte von mehreren correis credendi zwar der eine den Zustand des Schuldners nicht gekannt, der andere aber gewußt haben, daß er noch unter der väterlichen Gewalt stehe,

100) DONELLUS Commentar. Lib. XII. c. 24. §. *Exceptus est* etc. pag. 606.

1) S. den 12. Th dieses Commentars §. 782. S. 58. ff.

2) *L. 3. pr. D. h. t.* Si quis patremfamilias esse credidit, non vana simplicitate deceptus, nec iuris ignorantia, sed *quia publice paterfamilias plerisque videbatur*, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur: *cessabit Senatusconsultum.* *L. 2. Cod. h. t.* Zenodorus, si, *cum sui iuris esse publice videretur.* etc. S. DONELLI Commentar. cit. libr. cap. 26. §. *Causae extrinsecus intervenientes* pag. 612.

3) *L. 19. pr. D. de div. reg. iuris.*

4) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 7. und WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. cap. II. membr. II. § 17.

stehe, so schadet die Wissenschaft des einen dem andern [5]. Der Grund liegt theils darin, weil es hier dem Unwissenden leicht möglich war, den Zustand des Schuldners zu erfahren, theils in der Natur der Correalobligation, deren Einheit es mit sich bringt, daß wenn der Schuldner von der Klage des einen Correalgläubigers ist freygesprochen worden, er sich auch mit der nämlichen Einrede gegen die Klage des andern schützen kann [6]. 3) Wenn der Anleiher des Geldes noch unter Vormündern oder Curatoren stand. Hier ist jedoch zu unterscheiden, ob diese in die Anleihe willigten, oder nicht. In dem ersten Falle erhält der Gläubiger die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; in dem letztern aber ist das Anlehn ungültig, und das noch vorhandene Geld kann vindicirt, das consumirte aber mit einer Condiction zurückgefordert, oder auch, wenn die Consumtion mala fide geschahe, ad exhibendum auf das Interesse geklagt werden [7]. Eben dieses gilt auch in dem Falle, wenn der Anleiher noch unter der väterlichen Gewalt stand, und das Anlehn von dem peculio profectitio ohne den Willen des Vaters gab. Non enim, sagt Ulpian *L.* 3. §. 2. *D. h. t.* perdere ei pecuniam pater concedit, cum peculii administrationem per-

5) *L. 7. §. 7. in fin. D. h. t.* Sed et si alteruter eorum ignoravit, in patris esse potestate se, verius dicendum est, *utrique nocere.*

6) S. DONELLUS c. l. §. *Sed quod dicitur.* pag. 612. und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

7) *L. 3. §. 2. D. h. t. L. 11. §. ult. D. de minorib.* Arg. §. *ult. I. Quib. alienare licet.* iunct. *L. 3. Cod.* de in integr. restit. minor. S. VOET Comm. h. t. §. 6. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6.

permittit: et ideo vindicationem nummorum patri superesse. Viele [8]) wollen dieses auch auf Städte und Kirchen anwenden, weil diese nach dem neuern Rechte die iura minorum genießen. Diesen stimmt auch Hellfeld bey. Allein dieser Meinung streiten klare Gesetze entgegen. Denn *L. 6. D. de Verb. Signif.* sagt ausdrücklich: Civitates iure privatorum utuntur toties, quoties de favore ipsis specialiter indulto non constat. Nun haben Städte hierin keinen gesetzlichen Faveur. Vielmehr sagt *L. 15. D. h. t.* Nihil interest, quis filiofamilias crediderit, utrum privatus, an *civitas?* nam *in civitate quoque Senatusconsultum locum habere*, *Divi* SEVERUS et ANTONINUS rescripserunt. Zwar haben Städte und Kirchen sonst allerdings die iura minorum; allein es ist schon bey einer andern Gelegenheit [9]) bemerkt worden, daß das besondere Recht, welches nach dem Beyspiele eines andern eingeführt worden ist, der eigenen und ursprünglichen Rechtswohlthat nachstehen müsse. Mit Recht behaupten daher Anton Faber [10]), Dionys. Gothofredus [11]), Joh. Jacob Wissenbach [12]) und Wolfgang Adam

8) VOET h. t. §. 3. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 6. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 7. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 6. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 1. not. i. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 378. a. E.

9) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 105. S. 27. Man sehe auch *Io. Iac. Casp.* WOLTERS Diss. de iure singulari, de privilegiis, eorum collisione et praelatione inter se. *Goettingae 1809.* §. 24.

10) Rational. in Pand. ad L. 15. D. h. t.

11) Not. ad L. 15. cit.

12) Exercitat. ad Pand. P. I. Disputat. XXVIII. Th. 29.

Adam Lauterbach [13]), daß hierin durch das neuere Recht nichts abgeändert worden sey.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß zwar mehrere Rechtsgelehrten [14]) den heutigen Gebrauch des Macedonianischen Senatusconsults bezweifeln wollen, weil die Aufhebung der väterlichen Gewalt in Deutschland früher und leichter geschehen könne, als bey den Römern, und daher die schweren Folgen, welche das Römische Recht dadurch abzuwenden suchte, jetzt nicht mehr zu besorgen wären. Allein da der Grund desselben, daß nämlich den Söhnen durch den Geldcredit keine Gelegenheit zu Ausschweifungen gegeben werde, auch noch jetzt Statt findet; so streiten andere practische Rechtsgelehrten [15]) billig für den heutigen Gebrauch dieser wichtigen Verordnung.

13) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6.

14) TULDENUS in Comment. ad h. Tit. Pand. et Cod. *Ge.* BEYER Delineat. iuris civ. ad Pand. ad h. Tit *Io. Wilb.* MARCKART Exercit. de usu Senatusconsulti Macedoniani hodierno. in EIUS *Exercitationib. academ.* (*Hardervici 1751.* 4.) Exercit. VII. pag. 285. sqq.

15) S. WERNHER Select. Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 334. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th Bed. 156. *God. Lud.* MENCKEN Diss. de usu forensi SCti Macedoniani in Germania. *Vitembergae 1751.* und Meinungen einiger Rechtsgelehrten über die heutige Anwendbarkeit des Macedonianischen Senatusconsults. Deutschland 1806. 8.

Lib. XV.

Lib. XV. Tit. I.

De peculio.

§. 905.

Wesen des Pekuliums, besonders des peculii profectitii.

Zu den Klagen, welche adjectitiae qualitatis sind, gehört ferner die *actio de peculio*, von welcher hier vorzüglich zu handeln ist. Sie unterscheidet sich von den übrigen darin, daß sie nicht auf das Ganze gehet, sondern nur soweit das Pekulium, nach Abzug dessen, was dem Hausvater daran gebührt, zur Befriedigung des Gläubigers zureicht. Denn es ist eine Regel des Civilrechts, welche uns Ulpian lehrt *L. 9. §. 2. D. h. t.* Peculium *deducto, quod domino debetur, computandum* esse: quia praevenisse dominus, et cum servo suo egisse creditur. Sie setzt daher immer ein peculium profectitium voraus, welches der Familienvater seinem Sohne oder Sklaven zur Verwaltung für seine Rechnung überlassen hat [16]). Nur von diesen Pekulium sprechen alle Gesetze dieses Titels. Das Wort *Peculium* wird also hier in seiner ursprünglichen Bedeutung genommen, nämlich für ein solches Vermögen, welches eine Person, die unter der Gewalt eines Familienhauptes

16) S. *Ulr.* HUBERI Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 7. §. 7. und *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. LV. Th. 4.

hauptes stand, es sey ein Sohn oder Tochter, Sklave oder Sklavin, von dem Vermögen des Paterfamilias abgesondert besaß, und auf Rechnung desselben verwaltete. **Ulpian** sagt in dieser Hinsicht *L.* 5. *§.* 3. *D. h. t. Peculium* dictum est, quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum [17]; und fügt §. 4. noch folgenden Begriff hinzu. *Peculium* autem TUBERO quidem sic definit, quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur. Es ist zwar hier nur von Sklaven die Rede, daß es aber auch bey Kindern der Familie eben so gewesen sey, lehrt **Justinian** *§. 1. I. Per quas personas cuique acquiritur.* Igitur, sagt er, liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis) hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione: et hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum adquisitum esset, alii filio, vel extraneo donare, vel vendere, vel quocunque modo voluerant, adplicare. Quod nobis inhumanum visum est, et generali constitutione emissa, et liberis pepercimus, et patribus honorem debitum reservavimus. Sancitum etenim a nobis est, *ut si quid ex re patris ei obveniat*, hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquiratur. *Quae enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti?* Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias

17) Man vergleiche über diese Stelle *Ulr.* HUBERI Eunomia Rom. ad h. Leg. pag. 566. sqq. und den 2. Th. dieses Commentars §. 134. S. 241. f.

milias adquisivit, huius usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat, ne quod ei suis laboribus, vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat. In Absicht auf das Pekulium selbst kam es auch auf den Unterschied des Geschlechts so wenig, als auf das Alter an. Eine Tochter vom Hause oder eine Sklavin konnte daher so gut ein Pekulium haben [18], als ein Sohn oder Sklave, wenn auch derselbe noch unmündig war. Denn es hieng ja hierin alles von dem Willen und der Bestimmung des Hausvaters ab. Ulpian sagt dieses ausdrücklich *L.* 7. § 3. *D. h. t.* Pupillum autem, tam filium, quam servum, peculium habere posse, PEDIUS *libro XV.* scribit, cum in hoc, inquit, totum ex domini constitutione pendeat. Nur zur Begründung der actio de peculio wird erfordert, daß der Besitzer des Pekuliums eine solche Person seyn müsse, welche sich verbindlich machen kann, oder könnte, wenn sie frey wäre. Ist daher der Familiensohn noch unmündig, so findet gegen den Vater die actio de peculio nur insoweit statt, als das Pekulium durch das unternommene Geschäft bereichert worden ist. Ulpian macht uns selbst auf diesen Unterschied aufmerksam, wenn er sagt *L.* 1. *§.* 4. *D. eodem.* Si cum impubere filiofamilias, vel servo contractum sit: ita dabitur in dominum vel patrem *de peculio actio*, si *locupletius eorum peculium factum* est [19]. Das Pekulium wird

18) *L.* 27. *pr. D. h. t.* Et *ancillarum* nomine et *filiarumfamilias* in *peculio* actio datur. Siehe auch *L. 1. §. 3. D. eodem.*

19) Man vergleiche auch *L. 11. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest. est.*

wird übrigens in den Gesetzen als eine universitas iuris betrachtet, und begreift daher, gleich einer Erbschaft, alle Arten von Sachen, nicht nur bewegliche und unbewegliche, sondern auch unkörperliche, z. B. ausstehende Kapitalien, unter sich; es kann auch wachsen und abnehmen, und bey der Veräußerung desselben tritt der Preis an die Stelle der Sache, so daß die actio de peculio nicht gegen den Besitzer der veräusserten res peculiaris, sondern gegen denjenigen Statt findet, welcher den Werth dafür erhalten hat. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 7. §. 4. *D. h. t.* In peculio autem res esse possunt omnes, et mobiles et soli: hoc amplius et nomina debitorum.

L. 33. *D. eodem.* Sed si quis servum ita vendidit, ut pretium pro peculio acciperet, penes eum videtur esse peculium, *ad quem pretium peculii pervenit.*

L. 34. *D. eodem.* Non penes quem res peculiaris sit.

L. 40. *D. eodem.* Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur: et ideo eleganter PAPIRIUS FRONTO dicebat, *peculium simile esse homini.* Quomodo autem peculium *nascitur*, quaesitum est? Et ita Veteres distinguunt: si id acquisiit servus, quod dominus necesse non habet praestare, id esse peculium: si vero tunicas, aut aliquid simile, quod ei dominus necesse habet praestare, non esse peculium [20]): ita igitur *nascitur*

20) Hatte der Sklave schon ein Pekulium, und er hat sich die Kleider davon angeschafft, oder der Herr hat sie ihm zum alltäglichen Gebrauch gegeben; so gehören sie zu seinem Pekulium. Ein

tur peculium. *Crescit*, cum auctum fuerit. *Decrescit*, cum res intercidunt. *Moritur*, cum ademtum sit. Ein Peculium in diesem Sinn kann nun also blos eine Person besitzen, die noch unter der Gewalt eines Familienhaupts steht. Daher sagt Ulpian [21]: Paterfamilias liber *peculium* non potest habere. Jedoch ist zur Begründung der actio de peculio genug, wenn die Person nur zur Zeit des geschlossenen Contracts unter der Gewalt des Familienhaupts stand, gesetzt auch, daß sie zur Zeit der angestellten Klage sui iuris wäre, es muß nur aber in diesem Falle die Klage binnen einem Jahre angestellt werden. Ja die Klage findet sogar Statt, wenn man mit einer Person contrahirt hat, die zur Zeit des geschlossenen Contracts sui iuris war, und nachher durch Arrogation wieder in die väterliche Gewalt gekommen ist [22]. Hier kann die actio de peculio gegen den Arrogator angestellt werden.

L. 61. D. Mandati. Quod filiofamilias, ut peteret, mandavi, emancipatus exegit: de peculio intra annum utiliter agam.

L. 42.

Ein Anders war, wenn sie der Sklave bloß im Dienst seines Herrn zu gewissen Zeiten tragen durfte. Denn der Herr gab ihm hier die Kleider mehr um seinet- als um des Sklaven willen. *L. 25. D. h. t.* S. SCHULTING Thes. controv. Decad. LV. §. 3. POTHIER Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XI.

21) *L. 182. D. de Verb. Signif.* In einem andern Sinne kann es auch ein peculium personarum sui iuris geben. *L. 79. §. 1. D. de legat. III. L. 16. pr. D. ad SCtum Trebellian.* Man sehe den 2. Th. dieses Commentars §. 134. Not. 33.

22) S. POTHIER Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXI. p. 420.

L. 42. *D. h. t.* In *adrogatorem* de peculio actionem dandam, quidam *recte* putant: quamvis SABINUS et CASSIUS, ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam, existimant.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß zur Entstehung eines Pekuliums die bloße Willenserklärung des Familienvaters noch nicht genügte, sondern es ward dazu noch die Uebergabe erfordert. Nur die Aufhebung des Pekuliums konnte durch den bloßen Willen des Paterfamilias geschehen, wie **Paulus** lehrt *L.* 8. *D. h. t.* Non statim, *quod dominus voluit ex re sua peculii esse*, peculium fecit: *sed si tradidit; aut cum apud eum esset, pro tradito habuit*: desiderat enim res naturalem dationem. Contra autem, *simul atque noluit*, peculium servi desinit peculium esse.

§. 906.

Verschiedene Arten der Pekulien. 1) *Peculium militare.*

Das Pekulium Profectitium war, so lange die Kinder während der väterlichen Gewalt noch keines Eigenthums fähig waren, die einzige Art des Pekuliums. Wie aber das Erwerbungsrecht des Vaters durch die Kinder im neuern Recht beschränkt, und die Kinder selbst während der väterlichen Gewalt eines eigenthümlichen Vermögens fähig wurden, so änderte sich der Begriff des Pekuliums, und es entstanden sehr verschiedene Arten derselben. Nun theilt man das Pekulium ein in *militare* und *paganum*, das erste wieder in *castrense* und *quasi castrense*, das andere in *profectitium* und *adventitium*, das letzte wieder in *regulare* und *irregulare*. Von allen diesen verschiedenen Arten der Pekulien ist jedoch schon an einem andern

dern Orte [23]) gehandelt worden. Hier nur noch einige Bemerkungen als Nachlese. I. Nach dem neuern römischen Recht ist die Erlaubniß des Paterfamilias zur Entstehung eines Pekuliums nicht mehr schlechterdings nothwendig, wie das ältere Recht vorschreibt [24]), sondern es kann nun auch ohne Wissen und Willen des Vaters ein Pekulium vom Sohne erworben werden [25]). II. Ein peculium castrense können nur wirkliche Soldaten haben, nicht andere Personen, welche blos mit den Soldaten im Felde sich befinden, an sich aber nur pagani sind [26]). Z. B. Kriegscommissarien, Marketender, Soldatenbediente. III. Zum peculium castrense wird auch gerechnet, was der militirende Familiensohn von seiner Frau als Erbe, nicht aber was er von ihr als Legatar erhält [27]). Die Erbschaft der

23) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 136.

24) *L. 4. pr. et §. 2. L. 7. §. 2. L. 49. pr. D. h. t.*

25) *L. 5. D. de castr. peculio. L. ult. §. 1. Cod. de bonis, quae liberis.*

26) *L. 11. D. de castr. pec.* S. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 3. Th. §. 134. u. 136. S. 128. f.

27) *L. 8. D. de castr. pec.* Si forte *uxor*, vel cognatus, vel quis alius, non ex castris notus, filiofam. *donaverit* quid, vel *legaverit*, et expresserit nominatim, *ut in castrensi peculio habeat:* an possit castrensi peculio adgregari? *Et non puto.* Veritatem enim spectamus, an vero castrensis notitia, vel affectio fuit, non quod quis finxit. — *L. 13. D. eodem. Divus* HADRIANUS rescripsit in eo, quam militantem uxor heredem instituerat, *filium extitisse heredem*: et ab eo servos hereditarios manumissos, proprios eius libertos fieri. S. *Greg.* MAJANSII Diss. de peculio castrensi §. 6. et 7. (in EIUS *Disputat. iuris civ.* Tom. I. Nr. XIV.) und *Ios. Fern. de* RETES de castrensi peculio nr. 10. (in *Thes. Meerman.* T. VI.)

der Mutter hingegen, wenn sie dem Sohne auch während seines Kriegsdienstes zufällt, wird kein peculium castrense [28]). IV. Die Vorrechte eines solchen Pekuliums bestehen darin, daß der Sohn sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall, alle Rechte eines freyen Hausvaters genießt, und selbst im Verhältniß zum Vater eine selbstständige Person vorstellt [29]); und diese Rechte hören nicht auf, wenn gleich der Sohn den Soldatenstand verläßt [30]). Jedoch kann ein mit Verlust der Ehre cassirter Soldat über sein militairisches Pekulium nicht testiren [31]). V. Wird das Vermögen des Sohns wegen eines begangenen Verbrechens confiscirt, so verbleibt das peculium castrense dem Vater [32]). VI. Ist der Sohn noch minderjährig, so vertritt der Vater die Stelle des Curators in allen Fällen, in welchen ein Minderjähriger eines Curators bedarf, oder es wird ihm auf sein Verlangen ein besonderer Curator von der Obrigkeit gegeben [33]). VII. Dem peculio

28) *L. 1. Cod. de castr. pecul.*

29) *L. 2. D. de SCto Macedon. Pr. I. Quib. non est permissum fac. testam. L. 4. D. de iudic. L. 2. pr. D. de contrab. emt. vendit.*

30) *Pr. I. Quib. non est permiss. fac. testam. L. 17. §. 1. L. 19. §. 2. D. de castr. peculio.*

31) *L. 26. §. 1. D. de testam. milit.* Ius testandi de castrensi peculio, quod filiisfam. militantibus concessum est, ad eos, *qui ignominiae causa missi sunt*, non pertinet, quod hoc praemii loco merentibus tributum est.

32) *L. 3. Cod. de bonis proscriptor.* Si filius tuus, cum esset in tua potestate, in insulam deportari meruit, peculium eius, nec quod in castris acquisivit, vel quod ei militaturo donasti, auferri tibi debet.

33) *L. 7. Cod. de curat. furios. L. ult. §. 2. Cod. de bonis, quae liberis.* CARPZOV Responsf. iuris Lib. V. Tit. 8. Resp. LXXXIV. nr. 7.

culio castrensi werden, jedoch nur in Rücksicht des freien Dispositionsrechts, alle von dem Regenten oder desselben Gemahlin einer noch unter der väterlichen Gewalt stehenden Person gemachten Geschenke gleichgesetzt [34]). Sonst aber in keiner andern Rücksicht. Sie werden also bey der Confiskation des Vermögens dem Vater nicht gelassen [35]). VIII. Das peculium quasi castrense, welches nach dem Beyspiel des peculii castrensis ist eingeführt worden, erfordert schlechterdings einen solchen Erwerb, welcher von einem noch unter der väterlichen Gewalt stehenden Sohne in öffentlichen Aemtern und Wür-

nr. 7. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 568. nr. III.

34) *L. 7. Cod. de bonis, quae liberis.* Si quis a Principe, vel ab Augusta, sive masculus sive femina, donationes sit consecutus, vel consecuta, sive mobilium, sive immobilium, sive se moventium rerum, filiusfamilias tamen constitutus, vel constituta, habeat eiusmodi res omni acquisitione absolutas, et nemini eas acquirat, neque earum usumfructum pater, vel avus sibi vindicet, sed *ad similitudinem castrensis peculii* omnem facultatem in eas filii vel filiaefamilias habeant. Viele wollen zwar dergleichen Geschenke nur für ein peculium adventitium irregulare halten. Man sehe LAUTERBACH Diss. de peculio adventitio irregulari. §. 14. WALCH Controv. iuris civ. Sect. I. cap. II. membr. 2. §. 10. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. f. Allein richtiger wird es von andern zum peculio quasi castrensi gerechnet. S. COCCEJI c. l. *Ern.* TENZEL Diss. de eo, quod iustum est circa donationes a principe in filiosfamilias maxime collatas. *Erfordiae* 1727. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 359. a. E.

35) S. Thibaut System des P. R. 1. B. §. 359. a. E.

Würden gemacht wird [36]; er mag sich nun dieses Vermögen entweder von seinem Gehalt erspart, oder sonst in Rücksicht seines Amts erworben haben. Nur was ein Geistlicher während der väterlichen Gewalt auf irgend eine Art eigenthümlich erwirbt, soll mit dem peculio castrensi gleiche Rechte haben [37]). Bekleidet hingegen ein filiusfamilias noch gar kein öffentliches Amt, so kann dasjenige, was er durch Ausübung einer Wissenschaft, oder auch durch einen dem Regenten geleisteten bloßen Privatdienst

36) *L. 7. Cod. de assessorib. L. 4. Cod. de advocat. diversor. iudicior. L. 49. §. ult. Cod. de Episcop. et cleric. L. un. Cod. de castr. omnium palatinor. pecul. L. un. Cod. de inoff testam. L. ult. Cod. de castr. pecul.* Man vergleiche hier vorzüglich *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad L. 3. Cod. Theod. de postul. T. I. pag. 163. sq. und *Ge.* BEYER Delineat. iur. civ. sec. Pand. h. t. Posit. 3—6.

37) *Nov. CXXIII. cap. 19.* Presbyteros autem et diaconos et subdiaconos, cantores et lectores, quos omnes *clericos* appellamus, *res quolibet modo ad eorum dominium venientes* habere sub sua potestate praecipimus, *ad similitudinem castrensium peculiorum*, et donare secundum leges, et in his testari, licet sub parentum sint potestate: sic tamen, ut horum filii, aut his non existentibus, parentes eorum legitimam partem ferant. Einige wollen zwar nur diejenigen Güter der geistlichen Familiensöhne zum peculio quasi castrensi rechnen, welche sie in Rücksicht ihres Amts erworben haben. S. *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 2. Allein die ganz allgemein lautenden Worte des Gesetzes erlauben eine solche Einschränkung nicht. Was jedoch der Geistliche vor dem Antritt seines Amts bereits eigenthümlich erworben hatte, bleibt ein peculium adventitium. S. KLEINSCHROD Diss. de iure filiifam. disponendi de peculiis Cap. II. §. 16. sqq.

dienst erworben, oder sonst zum Behuf der Wissenschaften von Jemand erhalten hat, für kein peculium quasi castrense gehalten werden [38]). IX. Vor Justinian hatten die Söhne, welche ein peculium quasi castrense besaßen, noch nicht durchgehends das Recht darüber zu testiren; sondern nur einigen war dieses als ein Vorrecht ertheilt [39]). Erst Justinian stellte hierin das peculium quasi castrense dem peculio castrensi vollkommen gleich [40])

§. 907.

2) Peculium profectitium.

Das peculium profectitium ist Eigenthum des Vaters, wenn es durch eine freywillige, gesetzlich nicht befohlne Handlung, aus dem Vermögen desselben auf die Kinder überging, und nicht in der Absicht gegeben wurde, daß es ein militairisches Pekulium werden solle. Von diesem gebührt auch dem Vater aller Nutzen und Gewinn. Der Sohn hat daran blos eine prekaire Administration [41]).

38) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 359. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 460. not. b.

39) *L. 3. §. 5. D. de bon. poss. L. 1. §. 6. D. ad SCt. Trebell. L. 2. Cod. Theod. de assessor. L. 3. C. Theod. de postul. Novella* VALENTINIANI *34. eodem. et §. ult. I. de milit. testam.* S. *Christ.* RAU Historia iur. civ. de peculiis. *Lipsiae 1770.* §. 8. pag. 31. sqq.

40) *L. ult. Cod. de inoff. testam. L. ult. Cod. Qui testam. facere poss. §. ult. I. de milit. testam.* S. *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad L. 3. Cod. Theod. de postulando Tom. I. pag. 164. edit. *Ritter.*

41) *§. 1. I. Per quas person. L. 7. pr. D. de donat.*

Zuweilen verbleibt es jedoch dem Sohne eigenthümlich, wie bereits an einem andern Orte [42]) bemerkt worden ist. Hat ihm der Vater die freie Verwaltung desselben überlassen, so kann zwar der Sohn auch Sachen davon verkaufen [43]), er kann auch eine Novation eingehen [44]); aber er ist weder Etwas davon zu verschenken, noch sonst zu verschleudern befugt [45]). Was hingegen ein Kind vermöge gesetzlicher Vorschrift aus dem Vermögen des Vaters erwirbt, wird eigenes Vermögen des Kindes [46]). Z. B. das Heyrathsgut, was der Vater der Tochter giebt. **Ulpian** [47]) sagt ganz bestimmt: Dos profectitia *ipsius filiae proprium patrimonium* est; und **Tryphonin** [48]): abscessit a bonis patris. Heutzutage nehmen jedoch viele [49]) ganz allgemein an, was der Vater den Kindern schenkt, werde ihr Eigenthum, und die Gläubiger könnten daran keinen Anspruch machen, wenn auch der Vater in Concurs verfällt, wofern er nur nicht zu ihrem Nachtheil gehandelt

42) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 136. S. 254.

43) *L. 10. Cod. Quod cum eo, qui in al. pot.*

44) *L. ult. pr. D. de novat.*

45) *L. 7. pr. D. de donat. L. 3. §. 2. D. de SCto Macedon.*

46) *L. 3. §. 5. D. de minorib. L. 16. D. de religios. L. 35. D. fam. ercisc. L. 71. D. de evict.*

47) *L. ult. in fin. D. de dotis collat.*

48) S. Thibaut System des P. R. 1. B. §. 360.

49) SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XXVII. §. 85. sqq. THOMASIUS Diss. de Usu pract. Tit. Institut. de patria potestate. Cap. II. §. 7. CARRACH Differentiae iuris Rom. et Germ. in peculio inprimis filiorumfamilias §. 16. KLEINSCHROD Diss. de iure filiifam. disponendi de peculiis. Cap. III. §. 26. und *Frid.* BEHMER nov. iure controv. Tom. II. Obs. 114. pag. 603.

handelt hat. Nur das habe noch jetzt die Rechte des röm. peculii profectitii, wovon der Vater den Kindern blos die Verwaltung auf Rechnung überlassen, oder sich das Eigenthum ausdrücklich vorbehalten hat.

§. 908.

3) Peculium *adventitium*. a) Nutzungsrechte des Vaters.

Zum peculium adventitium gehört alles, was die Kinder weder durch die Freygebigkeit des Vaters aus dem Vermögen desselben, noch um des Vaters Willen von Andern, auch nicht militiae causa, sondern sonst auf eine erlaubte Art, erworben haben [50]. Man rechnet zu demselben mütterliche Geschenke, mütterliche Erbschaft, eheliche Errungenschaft (lucra nuptialia); ferner was die Kinder durch die Freygebigkeit fremder Personen, ohne Rücksicht des Vaters, als Erbschaft, Vermächtniß, oder Geschenke erhalten, oder durch eigenen Fleiß und Arbeit, nur nicht durch die den Eltern schuldigen häuslichen Dienste, erworben haben [51]. Denn was dadurch gewonnen wird, gehört dem Vater [52]. Zu diesem Pekulium gehören ohne Zweifel auch die Pathengeschenke der Kinder [53]; nicht minder

50) S. *Casp. Christ.* KOBER Diss. de peculio adventitio regulari s. ordinario. *Altorfii 1705*.

51) *§. 1. I. Per quas pers. cuiq. acquir. L. 1. et 2. Cod. de bonis matern. L. 4. et 6. Cod. de bonis, quae liberis.* S. *Scip.* GENTILIS Tract. de bonis maternis. *Hanoviae 1606.* 8.

52) S. Thibaut Syst. des P. R. 1. Th. §. 360. Not. c. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21.

53) S. *Sixt. Iac.* KAPFF Diss. de iure pecuniae lustricae. *Tubingae 1777.* §. 12. et 13. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. I. cap. II. Membr. II. §. 14.

der auch diejenigen Güter, wovon den Kindern durch Eingehung einer zweyten Ehe des Vaters die Proprietät zugefallen ist [54]. Ist es zweifelhaft, ob ein peculium zu dem profectitio oder adventitio zu rechnen sey; so streitet die Vermuthung für das letztere. Leyser [55]) ist zwar anderer Meinung. Allein man sehe L. 17. in fin. Cod. de Usufr. und erwäge, daß der Begriff des peculii adventitii negativ allgemein sey [56]). Die Proprietät an diesem Pekulium gehört den Kindern, dem Vater hingegen stehen daran der Regel nach die Nutzungs- und Verwaltungsrechte zu [57]).

I. Vermöge des Nutzungsrechts gebühren dem Vater natürlich alle Früchte, Emolumente und Einkünfte dieses Vermögens [58]); aber nicht der gefundene Schatz, sofern

54) Nov. 22. cap. 23.

55) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIV. meditat. 7.

56) S. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 571. und Thibaut System des P. R. 1. B. §. 360. a. E.

57) *L. 6. pr. Cod. de bonis, quae liberis.* Si quis itaque filiusfamilias vel patris sui, vel avi vel proavi in potestate constitutus, aliquid sibi acquisierit, non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ab aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae, vel laboribus suis ad eum perveniant, eas suis parentibus non in plenum, sicut antea fuerat sancitum, sed *usque ad usumfructum solum* acquirat, et eorum *usus fructus* quidem apud patrem, vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat: *dominium autem filiisfamilias inhaereat*, ad exemplum tam maternarum, quam ex nuptialibus causis filiisfamilias acquisitarum rerum.

58) *Car. Adolph.* BRAUN Diss. de usufructus parentum in bonis liberorum tam de iure Rom. quam Germ. genuino fundamento. *Ien. 1743.* Cap. 2. *Aemil. Lud.* HOMBERGK *zu* VACH Diss. de diver-

sofern er als accessio zu betrachten ist [59]). Dafür trägt er auch alle Lasten [60]), und zwar nicht nur in Ansehung der Person der Kinder, weshalb er sie ernähren, den Töchtern eine Ausstattung, den Söhnen aber die Studierkosten, und bey ihrer Heyrath ein Gegenvermächtniß geben muß; sondern auch in Ansehung ihres Vermögens, weshalb er die darauf verwendeten Kosten, sofern sie nicht den Nießbrauch übersteigen, desgleichen die Abgaben und Steuern, nicht minder die Proceßkosten übernehmen muß [61]). Doch braucht er nicht, wie sonst ein Usufructuar, Caution zu leisten [62]). Dieser Nießbrauch des Vaters hört jedoch auf, wenn er das Kind emancipirt. Nur in einem Falle verbleibt ihm auch noch nach der Entlassung des Kindes der Nießbrauch von der Hälfte der Adventizien als eine Belohnung (praemium emancipationis), wenn er das Kind freywillig zu dessen Nutzen emancipirt.

diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate *Marburgi 1753.* und *Aug. Ferd.* HURLEBUSCH Comm. de usufructu patris in bonis liberorum adventitiis ex principiis iuris Rom. et Germ. *Brunsuigae 1783.* 4.

59) Arg. *L. 7. §. 12. D. Soluto matrim.*

60) *L. 1. Cod. de bonis maternis. L. 8. §. 5. C. de bonis, quae liberis.*

61) *Io. Andr.* FROMMANN Disput. de administratione adventitiorum legitima. *Tubingae 1676.* §. 43—46. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 572.

62) *L. ult. §. 4. Cod. de bonis, quae liberis,* wo es heißt: paterna reverentia eum excusante, et a ratiociniis, et a *cautionibus*, et ab aliis omnibus, *quae ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur.*

pirt[63]). Stirbt hingegen das Kind während der väterlichen Gewalt, so behielt zwar der Vater nach dem ältern Recht den Nießbrauch von dem ganzen Vermögen des Kin-

63) Nach einer Verordnung des Krs Constantin behielt zwar der Vater den dritten Theil der Güter des Kindes zur Belohnung der Emancipation. Dies hat aber Justinian abgeändert *L. 6. § 3. Cod. de bonis, quae liberis.* Cum autem, heißt es daselbst, Constantiniana lege cautum erat, si filiifamilias ab his, qui eos in potestate habent, nexu paterno per emancipationem liberentur, debere patrem tertiam partem bonorum, quae acquiri non solent, quasi remunerationis gratia a filio accipere, vel retinere, et ex hac causa iterum pars non minima substantiae liberorum adimebatur; sancimus, huiusmodi casu interveniente, et emancipatione liberis imposita, *non tertiam partem* dominii rerum minime acquisitarum, sed *dimidiam ususfructus apud maiores, qui emancipationem donant, residere:* exceptis et in hoc casu castrensibus et quasi castrensibus tantummodo peculiis, quibus nihil ex hac causa diminuitur. Sic enim nec liberis cuiuscunque sexus aliquid dominii auferetur, et patribus amplioris patrimonii ususfructus adsignabitur. *Hoc obtinente, et si in emancipatione sibi parentes hoc minime servaverint:* sed nisi specialiter vel in emancipatione huic praemio renuntiaverint, vel donatione facta sese et ab huiusmodi beneficio alienaverint, et in liberos hoc transtulerint: *manere apud eos etiam tacentes ius et beneficium ususfructus retinendi.* Dieses praemium emancipationis findet auch noch jetzt statt; es fällt nur dann in der Regel weg, wenn die Kinder ohne Emancipation, durch Anstellung einer eigenen Haushaltung, aus der väterlichen Gewalt gesetzlich befreiet werden. S. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 98. §. 16 et 17. *Aemil. Lud.* HOMBERGK *zu* VACH Diss. de bonis adventitiis liberis sui iuris factis a patre restituendis, nec non de praemio emancipationis hodie cessante vel non cessante. *Marburgi* 1756. §. 18. sqq. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. HURLEBUSCH

Kindes auf Lebenszeit ohne Unterschied [64]). Justinian hat aber dies blos auf den Fall eingeschränkt, wenn das verstorbene Kind eheliche Descendenten hinterlassen hat. Ist also der Sohn ohne erbfähige Descendenten gestorben, so hört der Nießbrauch mit dem Tode desselben auf, und dem Vater bleibt jetzt nichts als das Erbrecht mit den Geschwistern des Kindes übrig [65]).

§. 909.

b) Verwaltungsrechte des Vaters.

Ausser dem Nutzungsrechte gebührt dem Vater an dem peculio adventitio der Kinder auch II. ein gesetzliches Verwaltungsrecht. Dieses ist jedoch weder nach den Grundsätzen einer bloßen Tutel, noch einer bloßen Verwaltung fremder Güter zu beurtheilen, sondern es besteht vielmehr in einem dem Vater vermöge der väterlichen Gewalt zustehenden ausschließlichen Rechte zur Ausübung des Eigenthums, welches den Kindern an diesen Gütern zusteht [66]). Kr. Constantin

LEBUSCH cit. Diss. §. 2. sqq. und Joh. Christ. von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XXXII. S. 490. ff.

64) *L. 7. §. 1. Cod. ad SCtum Tertull. L. 1. Cod. de bonis matern. L. 3. et 4. Cod. de bonis, quae liberis. L. fin. Cod. Commun. de success.*

65) *Nov. CXVIII. cap. 1. et 2.* S. BRAUN Diss. cit. de usufructu parentum Cap. II. §. 11. und meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 95. und 121.

66) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim CLXIV. medit. 1. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 11. et 12. und *Aemil.*

stantin sagt *L. 1. Cod. de bonis maternis.* Parentis autem, penes quos maternarum rerum utendi fruendique tantum potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere, — atque ita omnia agere, *tanquam solidum perfectumque dominium eis adquisitum fuisset* [67]). Daher ist seine Gewalt ausgedehnter, als die eines bloßen Vormundes, oder eines Verwalters fremder Güter. Denn vermöge dieses Verwaltungsrechts führt der Vater alle über die Adventitien der Kinder entstandenen Prozesse, und er kann die Kinder nicht nur selbst durch Klage und Einrede vor Gericht vertreten [68]), sondern er kann auch einen Prokurator bestellen [69]). Jedoch wird die Einwilligung der Kinder erfordert, wenn sie gegenwärtig, und nicht mehr unmündig sind [70]). Der Vater

Aemil. Lud. HOMBERGK *zu* VACH Diss. de div. iure patris in peculio advent. liberor. §. 1.

67) *M. Aur.* GALVANUS de Usufructu Cap. VIII. nr. VI. nennt dieses Eigenthum, was dem Vater an dem peculio adventitio zugeschrieben wird, ein dominium patri *iure familiae* competens, und unterscheidet davon das Eigenthum der Kinder, welches ihnen *iure proprietatis* zusteht.

68) *L. 8. §. 3. Cod. de bonis, quae liberis.* — Et in agentibus et fugientibus pater quidem suscipiat actiones, et moveat, cuiuscunque aetatis filius inveniatur. S. HOMBERGK cit. Diss. §. 2.

69) *L. 1. Cod. de bonis matern.* — Et quod iure filiis debetur, in examine per se, vel *per procuratorem* poscere, et sumtus ex fructibus impigre facere, et litem inferentibus resistere. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXIV. medit. 2.

70) *L. 8. §. 3. C. de bonis, quae liberis.* Adhibeatur autem etiam *filiorum consensus*, nisi adhuc *in prima aetate* sunt constituti,

ter braucht auch keine Rechnung von seiner Verwaltung abzulegen [71]. Er ist daher weder ein Inventarium zu errichten, noch eine eidliche Specification zu ediren schuldig, sondern ein blos einfaches Verzeichniß wird für hinreichend gehalten [72]. Nur darauf muß aber doch der Vater bedacht seyn, daß das Vermögen der Kinder erhalten werde. Er darf daher von den Adventizien der Kinder nichts veräussern noch verpfänden [73]. Ist es dennoch geschehen, so ist die Veräusserung ipso iure nichtig, und die Kinder können die widerrechtlich veräusserten Sachen vindiciren. Es soll auch gegen dieses Vindicationsrecht den Besitzer solcher Güter keine andere, als eine dreyßigjährige Präscription, schützen, welche erst von der Zeit ihren Anfang

stituti, vel *longe absunt;* sumtibus videlicet a patre propter rerum incrementa faciendis: cum enim nuda proprietas apud filium inveniatur, ex qua substantia possibile est, eum sumtus litis dependere? Unter der prima aetas wird hier das Alter der Unmündigkeit verstanden. *L. 30. Cod. de episcop. audient. L. 10. Cod. de impuber et aliis substitut.* S. HOMBERGK zu VACH cit. Diss. §. 4—15.

71) *L. 8. §. 4. in fin. Cod. de bonis, quae liber.* S. *Io. Andr.* FROMMANN Diss. de administratione adventitiorum legitima. §. 39. und *Fr.* BECMANNORUM Consil. et Decis. P. II. Cons. 85. nr. 15.

72) FROMMANN cit. Diss. §. 32 et 33. WERNHER select Observ. for. Tom. II. P. VII. Obs. 18. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. CLXIV. medit. 3. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 577.

73) S. *Io. Detloff Marcus* RANNIGER Commentat. iuridica, quaestionem continens, an et quatenus pater peculium liberorum adventitium alienare possit? *Goettingae 1797.* und meine Rechtsfälle und Abhandlungen 3. Band Nr. XXXVII.

fang nehmen soll, wo die Kinder aus der väterlichen Gewalt befreiet worden sind[74]. Folgende Gesetzstellen sind hier besonders wichtig.

L. 1. Cod. de bonis matern. Parentes autem, penes quos maternarum rerum utendi fruendique poteſtas eſt, *omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere*, — et perſonam gerant legitimam, ita ut ſi quando rem alienare voluerint: emtor, vel is, cui res donatur, obſervet, *ne unquam partem earum rerum*, *quas alienari prohibitum eſt*, *ſciens accipiat*, *vel ignorans:* docere enim pater debet, proprii iuris eam rem eſſe, quam donat, aut diſtrahit: et emtori, ſi velit, fideiuſſorem licebit accipere: quia nullam poterit praeſcriptionem opponere filiis, quandocunque rem ſuam vindicantibus.

L. 2. Cod. eodem. Quidquid avus, avia, proavus, proavia ex materna linea nepoti, nepti, pronepoti, pronepti, teſtamento, fideicommiſſo, legato, donatione, vel alio quolibet titulo largitionis, vel etiam inteſtati ſucceſſione contulerint: pater filio filiaeve *integra illibataque cuſtodiat*, *ut vendere*, *donare*, *relinquere*, *alteri obligare* [ſicut nec materna bona] *non poſſit*, uſufructu duntaxat ad eum pertinente: ita ut quemadmodum ipſe ſuper his rebus *licentiam totius poteſtatis amittit:* defuncto eo filio filiaeve praecipua computentur, nec ab illis, qui ex parte ſunt coheredes, vindicentur.

L. 4. Cod. de bonis, *quae liberis.* Quaecunque res ad filium vel filiam, nepotes ſive pronepotes utriusque ſexus in poteſtate conſtitutos, ex priore, vel ſecundo, aut tertio, ſeu numeroſiore coniugio pervenerint,

74) *Jo. Ulr. de* CRAMER Obſerv. iur. univ. Tom. IV. Obſ. 1208.

nerint, ex dote vel quacunque donatione, ſeu hereditate, vel legato vel fideicommiſſo: earum rerum usque in diem vitae ſuae pater, vel avus, vel proavus uſumfructum habeant, *easdem res quocunque modo alienandi, vel pignoris, ſeu hypothecae iure obligandi, facultate eis penitus interdicta*: dominio videlicet earum apud filios et nepotes ſive pronepotes utriusque ſexus permanente. — Parentibus vero, quorum ſub poteſtate ſunt, uſumfructum duntaxat habituris, *memoratas res* IURE POTESTATIS *alienandi vel obligandi licentiam denegamus:* non prohibendis iisdem liberis, quandocunque ſui iuris fuerint, *nulla temporali praeſcriptione obſiſtente,* easdem res omnibus modis vindicare: niſi forte, poſtquam poteſtate parentum eos contigerit liberari, tantum temporis effluxerit, ut ex continua et inconcuſſa tenentis poſſeſſione eorum intentio excludatur.

L. 6. §. 2. Cod. eodem. Non autem hypothecam filiifamilias adverſus res patris viventis adhuc, ſeu iam mortui ſperare audeant, *nec ratiocinia ei ſuper adminiſtratione inferre*: ſed tantummodo, *alienatione, vel hypotheca* SUO NOMINE *patribus denegata*, rerum habeat parens pleniſſimam poteſtatem, uti fruique his rebus, quae per filiosfamilias ſecundum praedictum modum acquiruntur, et gubernatio rerum earum ſit penitus impunita: et nullo modo audeat filiusfamilias, vel filia, vel deinceps perſonae vetare eum, in cuius poteſtate ſunt, easdem res tenere, aut quomodo voluerit, gubernare:] vel ſi hoc fecerint, patria poteſtas in eos exercenda eſt: ſed habeat pater, vel aliae perſonae, quae ſuperius enumeratae ſunt, pleniſſimam poteſta-

testatem uti frui, gubernareque res praedicto modo acquisitas.

Nur in drey Fällen ist dem Vater die Veräusserung erlaubt, 1) wenn Erbschaftsschulden auf den Gütern haften, welche nicht wohl anders, als durch deren Veräusserung, bezahlt werden können. Eigene Schulden des Vaters berechtigen hingegen denselben zu keiner Veräußerung [75]). 2) Wenn Legate oder Fideicommisse zu bezahlen sind, welche den Kindern, als Erben, auferlegt worden. 3) Wenn die Sachen, sie seyen bewegliche oder unbewegliche, von der Art sind, daß die Erhaltung derselben den Kindern lästig, oder wohl gar auf irgend eine Art schädlich seyn würde. Ausser diesen Fällen, welche keine Ausdehnung auf andere ähnliche zulassen, findet keine Veräußerung Statt, und es ist daher ganz irrig, wenn Hellfeld, und mehrere andere [76]) behaupten wollen, daß der Vater nicht nur wegen einer jeden andern factischen Nothwendigkeit, sondern auch schon des bloßen Nutzens wegen, zur Veräußerung der Adventizien seiner Kinder befugt sey. Denn nach allgemeinen Regeln der logischen Auslegung ist jede ausdehnende Erklärung unbedingt zu verwerffen, wenn der Gesetzgeber dieselbe ausdrücklich, wie hier geschehen ist, verboten hat [77]). Ob nun wohl in den Fäl-

75) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXV. med. 3.

76) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h t. §. 23. FROMMANN Diss. de administratione adventitiorum legitima Th. 74—76. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. I. § 576 Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. § 433.

77) S. Meine Rechtsfälle 3. Band Nr. XXXVII. §. 33—35. S. 106. ff.

Fällen, wo dem Vater die Veräußerung erlaubt ist, nicht erfordert wird, daß die Rechtmäßigkeit der Ursache zuvörderst untersucht, und ein Dekret der Obrigkeit ausgewirkt werde; weil dem Vater das Veräußerungsrecht in den bestimmten Fällen schon nach dem Gesetz zusteht, welches ein Vormund erst durch das obrigkeitliche Dekret auswirken muß [78]), daher von diesem auf jenen offenbar kein Schluß gilt [79]); so haben doch die Gesetze nicht nur bey der Veräußerung selbst eine gewisse Ordnung vorgeschrieben, welche in Ansehung der oben angeführten ersten und zweyten Veräußerungsursache darin besteht, daß der Vater zuerst bewegliche Sachen, und nur dann, wenn diese nicht zureichen, auch unbewegliche Güter veräussere; sondern sie verordnen auch ausdrücklich, daß der Vater die Sachen der Kinder in den Fällen, da eine Veräusserung nöthig ist, nicht in seinem Namen, und als sein Eigenthum, sondern als das Eigenthum seiner Kinder, und also in deren Namen, und in der Absicht verkaufe,

78) *L. 11. D. de rebus eor. qui sub tut. L. 6. Cod. de praed. et aliis reb. minor. L. 3. Cod. de his, qui veniam aetatis impetrar.*

79) S. *Io. Iac.* WISSENBACH Comment. ad L. ult. Cod. de bonis, quae lib. §. 4. pag. 660. *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. Leg. Cod. ad L. 6. Cod. eod. Lib. VI. pag. 218. *Io. Andr.* FROMMANN Disp. de administrat. adventitiorum legitima. §. 38. WERNHER select. Observ. for. Tom. I. P. III. Obs. 35. LEYSER Specim. CLXV. medit. 9. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 103 S. 386. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 576. Anderer Meinung sind zwar Claproth von freywilligen Gerichtshandlungen §. 158. und RANNIGER cit. Diss. §. 19. Allein man sehe meine Rechtsfälle 3. Band Nr. XXXVII. §. 36. u. 37.

kaufe, um lediglich ihre Geschäfte dadurch zu betreiben. Der Grund hiervon ist, damit theils die Veräusserung, welche vom Vater aus rechtmäßiger Ursache auch ohne richterliches Dekret unternommen werden kann, für die Kinder verbindlich und unwiderruflich werde, welche sonst eine vom Vater im eigenen Namen unternommene Alienation ihrer Adventizien nach allgemeinen Rechtsgründen [80]) als gültig anzuerkennen nicht schuldig seyn würden; theils um den Käufer solcher Güter zugleich gegen die Ansprüche der Kinder zu sichern, und denselben in den Stand zu setzen, dasjenige zu beobachten, was ihm die oben angeführte *L. 1. Cod. de bonis maternis* zur Pflicht macht, nämlich ne unquam partem earum rerum, quas alienari prohibitum est, sciens accipiat vel ignorans, und welcher in dieser Hinsicht mit Recht verlangen kann, daß ihm der Vater nachweise, daß eine rechtmäßige Ursach zur Veräusserung vorhanden sey, und ihm deshalb Caution leiste [81]). Alles dieses, was hier ausgeführt worden, wird folgende wichtige Gesetzstelle ausser Zweifel setzen.

L. ult. §. 4. et 5. Cod. de bonis, quae liberis. Sin autem *aes alienum ex defuncti persona descendit*, cum etiam apud Veteres haec esse substantia intelligatur, quae post detractum aes alienum superfederit: *habeat pater*

80) *L. 4. et 6. Cod. de reb. alien. non alienand. L. 6. Cod. Si res aliena pignori data sit. L. 3. Cod. de rei vindicat.* S. Westphals Syst. des R. R. übrr die Arten der Sachen 2c. §. 331 — 333.

81) Anderer Meinung ist zwar Thibaut im Syst. des P. R. 1. B. §. 362. a. E. Allein man sehe meine Rechtsfälle a. a. O. §. 38 — 43. S. 116 — 123.

pater licentiam, ex rebus hereditariis (primum quidem mobilibus, ſin autem non ſufficiunt, ex immobilibus) ſufficientem partem NOMINE FILII *venundare*, ut illico reddatur aes alienum, et non uſurarum nomine praegravetur. Quodſi pater hoc facere ſuperſederit, ipſe uſuras vel ex reditibus, vel ex ſubſtantia ſua omnimodo dare compelletur [82]). Sin autem *legata, vel fideicommiſſa*, ſive annalia, ſive ſemel relicta, *imminent huiusmodi perſonis*: ſi quidem tales reditus ſunt, qui ſufficiunt ad annalia, pater ex huiusmodi reditibus hoc dependere compelletur. Sin autem non habeat ſubſtantia ſufficientem reditum ad legatorum vel fideicommiſſorum praeſtationem, vel minime reditus, vel alias acceſſiones contineat, ſint tamen res mobiles vel immobiles, ſteriles quidem non tamen inutiles, veluti domus in provinciis pretioſa, vel ubicunque poſita aedificia, vel ſuburbana, ex quibus huiusmodi legata poſſint explicari: *licentia dabitur patri ſufficientem partem eorum ſimiliter* FILII NOMINE *vendere, et ſatisfacere legatis.* — Ipſum autem filium, vel filiam, filios vel filias, et deinceps, alere patri neceſſe eſt, non propter hereditates, ſed propter ipſam naturam, et leges, quae et a parentibus alendos eſſe liberos imperaverunt, et

82) Nach den Worten dieſes Geſetzes iſt es alſo dem Vater nicht nur erlaubt, ſondern ſogar zur Pflicht gemacht, die erbſchaftlichen Schulden der Kinder durch Veräuſſerung erbſchaftlicher Sachen, ſobald als möglich, zu tilgen, weil er ſonſt die Zinſen des Verzugs den Kindern aus ſeinem eigenen Vermögen erſetzen muß. S. *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad Tit. de bonis, quae liberis Lib. VI. pag. 218.

et ab ipsis liberis parentes, si inopia ex utraque parte vertitur [83]). *Sed pater quidem* IN PRAEDICTIS TANTUMMODO CAUSIS *habeat licentiam rite res filiorum familias vendere* FILII NOMINE: *vel si emtorem non invenerit, rite pignori supponere*, nullo modo licentia concedenda filiis easdem venditiones, vel hypothecas retractare. *Non autem licentia parentibus danda* EXTRA MEMORATAS CAUSAS, *res, quarum dominium apud eorum posteritatem est, alienare, vel pignori vel hypothecae titulo dare*: sed si hoc fecerint, scituris, quod necesse est eos in legum laqueos incidere, quibus huiusmodi venditiones vel hypothecae sunt interdictae: *exceptis videlicet rebus mobilibus vel immobilibus illis, quae onerosae hereditati sunt, vel quocunque modo damnosae, quas sine periculo vendere patri cum paterna pietate licet*: ut pretium earum vel in res vel in causas hereditarias procedat, vel filio servetur.

Auf keinen Fall darf jedoch der Vater die durch Eingehung einer zweyten Ehe zu Adventitien gewordenen Güter der Kinder veräußern [84]). Einige [85]) wollen zwar die-

83) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXV. medit. 4. glaubt, daß in diesen Worten noch eine besondere Veräusserungsursache gesetzlich gebilliget sey, nämlich wenn die Veräusserung darum nöthig ist, um den Kindern oder dem Vater den Unterhalt zu verschaffen. Allein das Gesetz erkennt zwar die gegenseitige Verbindlichkeit zur Alimentation zwischen Eltern und Kindern, als eine natürliche Pflicht, an, giebt aber offenbar dem Vater deshalb kein Veräusserungsrecht, wie aus den nachfolgenden Worten ganz deutlich erhellet. S. RANNIGER Diss. cit. §. 16.

84) *Nov. XXII. cap. 23. et 24.* Thibaut Syst. des Pand. R. 1. Band §. 362.

dieses auf alle die Güter ausdehnen, welche aus dem Vermögen der Mutter oder anderer mütterlicher Ascendenten auf die Kinder übergegangen sind. Allein mit Unrecht. Denn die *L.* 8. §. 4. *et* 5. *Cod. de bonis, quae liberis*, in welcher Justinian dem Vater die Veräusserung der bonorum adventitiorum seiner Kinder aus gewissen daselbst bestimmten Ursachen erlaubt, macht keinen Unterschied, woher diese Güter rühren. Das Gesetz muß also von allen Adventizien, und also auch von den mütterlichen Gütern der Kinder, um so mehr verstanden werden, da Justinian *princ. Ls. cit.* 8. ausdrücklich auch der rerum maternarum gedenkt, und seine Absicht ganz deutlich dahin erklärt, durch dieses Gesetz eine allgemeine Bestimmung über die Rechte der Adventizien zu geben, welche *in omnibus rebus, quae effugiunt quidem dominii adquisitionem, sed ususfructus tantummodo patri offeruntur*, zur Richtschnur dienen sollte. Es ist also durch die *L.* 8. §. 5. *Cod. cit.* unstreitig der *L.* 1. *et* 2. *Cod. de bonis matern.* so wie der *L.* 4. *Cod. de bonis, quae liberis* derogirt worden, und die Vorschrift dieser Gesetze nach jener Verordnung zu restringiren [86]). Nur in odium secundarum nuptiarum ver-

85) HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 209. nr. 3. und *Frid. Gottl* ZOLLER Exercitat. iurid. quaestionem cont. an pater vi patriae potestatis bona immobilia liberorum sine decreto magistratus alienare possit? *Lipsiae 1756* §. 5.

86) S. RANNIGER Diss. an et quat. pater peculium liberor. adventitium alienare possit? § 16. pag 23. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 362. Not. 5. und meine Rechtsfälle 3. B. Nr. XXXVII. §. 32.

ordnen neuere Gesetze, daß solche Güter, deren Eigenthum der Vater durch die Eingehung einer zweyten Ehe verloren hat, und die dadurch zu einem peculio adventitio der Kinder geworden sind, durchaus nicht veräussert werden sollen. Es heißt nämlich *Nov. XXII. cap.* 24. Quod autem *de lucris exinde* (nämlich durch die Freygebigkeit des verstorbenen Ehegatten) *ad coniuges venientibus* sancitum est, etiam sic ratum sit, et lex adeo fidus iis erit custos, *ut has res neque alienare, neque pignori dare parentibus permittat.* Sed et si parentes quid fecerint, statim eorum substantiam illis obligat: non quod parentes in iis, quod volunt agere, prohibeat (pudet enim legem parentibus liberos praeficere magistros) sed illos quidem pudore suffundit, minatur vero accipientibus, quod nihil ipsis profuturum sit id, quod acceperunt. At sciant ex hac nostra lege, quod, etsi ab eiusmodi parentibus quid emerint, vel donum acceperint, vel quicquam aliud egerint, *id quod gestum est, perinde habendum sit, acsi nihil neque factum neque scriptum esset.* Liberi enim eorumque heredes et successores illa ab heredibus eorum et successoribus omnino *vindicabunt*, nec aliter excludentur, *quam si triginta annorum tempus praeterierit:* et possessio eos, qui acceperunt, dominos effecerit, tempore inde liberis currere incipiente, quo suae potestatis esse, aut facti appareant: nisi forte pupillaris aetas illis adhuc adiumento sit.

Den Kindern hingegen erlaubt das Gesetz in keinem Fall die Veräußerung solcher Güter, an welchen dem Vater der Nießbrauch zusteht, ohne Einwilligung desselben; sie

sie können auch beym Leben des Vaters nicht gültig darüber testiren. Justinian sagt *L. cit.* 8. §. 5. *in fin. Cod. de bonis, quae liberis.* Filiis autem familias in his duntaxat casibus, in quibus usus fructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus, *neque citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecae titulo dare, vel pignori adsignare.* Melius enim est, coarctare iuveniles calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant, qui eos post dispersum expectat patrimonium. Cum enim, sicut dictum est, parentes alere eos secundum leges et naturam compellentur, quare ad venditionem rerum suarum prosilire desiderant?

Das Administrationsrecht des Vaters an den Adventizien der Kinder geht übrigens durch Eingehung einer zweyten Ehe so wenig, als die väterliche Gewalt selbst, verloren [87]). Wenn aber der Vater durch Verschwendung, Nachläßigkeit, oder Verwüstung der Adventizien die Kinder in Gefahr bringt, das Ihrige zu verlieren, so macht er sich der Administration verlustig [88]). Daß er sich

87) *L. 4. Cod. de bonis, quae lib.* S. *Io. Andr.* FROMMANN Diss. de administrat. adventitior. legitima. § 93. und Joh. Christ. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. II. S. 18. ff.

88) *L. 13. §. 2. Cod. de Sent. pass. L. 50. D. ad SCt. Trebell.* FROMMANN Diss. cit. §. 90—92. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 92. nr. 7. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 347. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 578. und Thibaut System 1. B. §. 363. a. E.

sich derselben auch dann nicht anmaßen dürfe, wenn ihm dieselbe in dem letzten Willen desjenigen, welcher die Kinder zu Erben eingesetzt hat, entzogen worden ist, hat keinen Zweifel [89]).

§. 910.

Peculium adventitium irregulare.

Es giebt jedoch Fälle, wo dem Vater ausnahmsweise der Nießbrauch an dem peculio adventitio der Kinder nicht zusteht. Man nennt dieses Pekulium alsdann *extraordinarium* oder *irregulare* [90]). Dahin gehört 1) wenn der Sohn gegen den Willen des Vaters eine ihm angefallene Erbschaft antritt, oder sonst etwas erwirbt [91]). 2) Wenn den Kindern Etwas von einem Dritten unter der Bedingung geschenkt, oder vermacht worden ist, daß der Vater den Nießbrauch davon nicht haben solle. Jedoch darf die Mutter, wenn sie den Kindern mehr nicht, als den Pflichttheil hinterläßt, dem Vater den ihm daran gebühren-

89) *Nov. CXVII. cap 1.* Quistorps Beyträge Nr. II. S. 22. ff.

90) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de peculio adventitio irregulari. *Tubingae 1661.* HEUSINGER Commentat. de iure peculii advent. extraordinarii. *Isenaci 1751.* 8. und *Ge. Henr.* ALDRINGEN Disp. de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis extra militiam ita adquiruntur, ut pater usumfructum non habeat, et eorum administratione. *Aug. Trevitor. 1786.*

91) *L. 8. pr. Cod. de bonis, quae liberis.* Sive e contrario *patre recusante* filius adire hereditatem voluerit, *nullam acquisitionem nec usumfructum patri offerri*, sed ipsum filium sibi imputare, si quid ex hoc contigerit.

bührenden Nießbrauch nicht entziehen [92]). 3) Wenn ein Kind zugleich mit dem Vater ein verstorbenes leibliches Geschwister ab intestato beerbt [93]). 4) Wenn der Vater eine dem Sohn zu restituirende Erbschaft untreu verwaltet [94]). Ausser diesem Falle geht aber der Nießbrauch wegen schlechter Verwaltung der Adventizien nicht auf den Sohn über, weil in der Regel der Ususfructus durch Mißbrauch nicht verwirkt wird [95]). Auf jeden

92) *Nov. CXVII. Cap. 1. §. 1.* S. den 7. Th. dieses Commentars §. 546. S. 80. ff. und Westphals Rechtsgutachten 1. Th. h. t. §. 1. S. 82.

93) *Nov. CXVIII. cap. 2.* S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge § 121.

94) *L. 50. D. ad SCt. Trebell.* Imperator Hadrianus, cum Vivius Cerealis filio suo Vivio Simonidi, si in potestate sua esse desiisset, hereditatem restituere rogatus esset, ac multa in fraudem fideicommissi fieri probaretur: *restitui hereditatem filio iussit, ita ne quid in ea pecunia, quamdiu filius eius viveret, iuris haberet.* Nam quia cautiones non poterant interponi, conservata patria potestate, damnum conditionis propter fraudem inflixit. Weil es nämlich, wegen des Verhältnisses der väterlichen Gewalt, nicht anging, daß die bey Fideicommissen sonst gewöhnliche Caution hier geleistet werden konnte, so mußte der Vater sofort die Erbschaft herausgeben, ohne die Bedingung derselben abzuwarten, und er verlohr also auch hierdurch die Vortheile der Erbschaft, welche er bis zur Existenz der Bedingung zu genießen gehabt hätte. S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. II. Tit. de condit. et demonstr. Nr. CXXX. und Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1715.

95) *L. 1. §. 6. D. Usufr. quemadm. cav.* S. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. I. cap. II. memb. II. §. 13. MALBLANC Princip. iur. Rom. T. II. §. 512. not. o. und Thibaut System 1. B. §. 363.

jeden Fall muß aber doch der Sohn dem Vater, wenn dieser arm ist, auch selbst aus den Einkünften der restituirten Erbschaft den Unterhalt reichen [96]). 5) Wenn den Kindern zur Strafe des Vaters desselben Güter zufallen, weil er widerrechtlich die Ehe mit der Mutter aufhob [97]). Von dieser Vorschrift kann jedoch heut zu Tage kein Gebrauch mehr gemacht werden, weil sie sich auf die bey den Römern üblich gewesene Privatscheidung bezieht [98]). Viele [99]) rechnen auch noch 6) die Pathengeschenke

96) *L. 50. D. ad SCtum Trebell.* sagt: Sed paternae reverentiae congruum est, egenti forte patri officio iudicis ex accessionibus hereditariis emolumentum praestari.

97) *Novella CXXXIV. cap. 11.* — Si vero praeter causas a nobis definitas, quidam matrimonium solvere audeant: jubemus, si quidem descendentes, sive ex eodem, sive ex alio matrimonio habeant, *ut eorum bona secundum ordinem legum illis dentur*, et tam vir, quam mulier in monasterium per omne vitae suae tempus coniiciatur, ac de cuiusque patrimonio quatuor unciae monasteriis assignentur, in quae conjiciuntur: *viro scilicet nec usumfructum habente in ea parte, quae liberis data est.* In der versio vulgata stehen noch die Worte: *quoniam pater rerum filii in potestate positi non habet usumfructum,* welche aber weder in dem griechischen Text stehen, noch an sich einen gesunden Sinn haben, wie auch HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. bemerkt hat.

98) S. Thibaut System des P. R. 1. B. §. 423.

99) BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. II. §. 33. BEYER Delineat. iur. civ. sec. Institut. Lib. II. Tit. IX. Posit. 26. *Iust. Henn.* BOEHMER Iur. Eccles. Protest. T. III. Lib. III. Tit. 42. §. 46. *Io. Gottfr.* SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 15. *Io. God.* KRAUSE Diss. de eo, quod iustum est circa pecun. lustricam. *Vitemb. 1728.* §. 22. *Conr. Wilh.* STRECKER Diss. de eod. arg. *Erfordiae 1738.* Sect. II. §. 3. u. a. m.

schenke der Kinder hierher. Allein es kommt vor allen Dingen darauf an, ob sich der Geber darüber bestimmt erklärt hat, daß der Vater den Nießbrauch davon nicht haben solle, oder nicht. In dem letztern Falle liegt in der Natur des Pathengeldes kein Grund, in Ansehung desselben eine Ausnahme zu machen; es ist also im Zweifel ein peculium adventitium ordinarium [100]). Ein Anders würde freylich zu behaupten seyn, wenn es aus dem Vermögen des Vaters käme. Hier wäre es natürlich ein profectitium, weil dann das Eigenthum nicht auf das Kind übergeht [1]). Man rechnet endlich 7) auch noch gewöhnlich den Fall hierher, wenn der Vater sich seines Rechts begiebt, und dem Sohne den Nießbrauch der Adven-

100) S. LEYSER *Specim.* CLXVI. medit. I. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 14. *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. forens. T. II. cap. 12. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observ. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. I. Obs. 353. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 19. et 20. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 14. et ad Eundem *Car. Ern.* SCHMID in edit. noviss. *Ienae 1810.* p. 105. und *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. I. §. 512.

1) S. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 364. S. 270. Als Regel läßt sich jedoch dieses mit VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 4. keinesweges annehmen; denn der Grund, den er gebraucht: *cum non infantum intuitu, sed parentum contemplatione, hanc exerceri liberalitatem, in aperto sit*, ist offenbar irrig. Man sehe vorzüglich *Sixt. Iac.* KAPFF Diss. de iure pecuniae lustricae. *Tübing. 1777.* §. 10. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 582. Not. b. Die Meinung derjenigen, welche die Pathengeschenke wegen des Exorcismus zum peculium castrense rechnen wollen, ist zu ungereimt, als daß sie nur

ventitien überläßt [2]). Allein die *L. 6. §. 2. Cod. de bonis, quae liberis*, worauf man sich gründet, sagt nur, daß in diesem Falle, nach dem Tode des Vaters, die übrigen Erben desselben keinen Anspruch an diesem Nießbrauche weiter machen sollen, sondern es solle der Sohn den Nießbrauch, welchen er bis dahin mit Einwilligung des Vaters besessen hat, nun nach dessen Tode dergestalt ausschließlich erwerben, als ob die Schenkung gleich Anfangs gültig gewesen wäre [3]). Es heißt nämlich in der angeführten Stelle so: Sin autem res sibi memorato modo acquisitas parens noluerit retinere, sed apud filium, aut filiam vel deinceps personas reliquerit: *nullam post obitum eius licentiam habeant heredes alii patris, vel avi, vel proavi eundem usumfructum, vel quod ex hoc ad filiosfamilias pervenit* (utpote patri debitum) *sibi vindicare: sed quasi diuturna donatione in filium celebranda, qui usumfructum detinuit, quem patrem eius habere oportuerat, ita causa intelligatur, ut eundem usumfructum post obitum patris ipse lucretur:* parente ius exactionis, quasi sibi debitae a filio, qui usumfructum consensu eius possidebat, suae posteritati, vel successioni minime transmittente. Daß also die Abtretung des Nießbrauchs an den Sohn

nur einer Widerlegung werth wäre. S. BOEHMER Iur. Eccl. Protest. T. III. Lib. III. Tit. 42. §. 46. und KRAUSE cit. Diss. §. 22.

2) LAUTERBACH Diss. de pec. adv. irreg. §. 19. SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 15. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 17. et 18. u. a. m.

3) Nach *L. 25. C. de donat. inter vir. et ux.* soll die Schenkung des Vaters durch den Tod desselben rückwärts gültig werden.

Sohn schon beym Leben des Vaters unwiderruflich gültig sey, läßt sich aus diesem Gesetz nicht beweisen [4]).

§. 911.

Wem gebührt die Verwaltung des peculii adventitii extraordinarii?

Soviel die Administration das peculii adventitii irregularis anbetrift, so ist zu unterscheiden. Der Sohn, dem ein solches Pekulium gehört, hat entweder das zur Verwaltung desselben erforderliche Alter bereits erreicht, oder er ist noch minderjährig. In dem ersten Falle verwaltet er es selbst, und er kann darüber zwar unter den Lebenden nach Willkühr [5]), aber weder durch Testament, noch Codicille disponiren [6]). Nur auf den Todesfall kann er diese Güter verschenken, wenn es mit Einwilligung des Vaters geschieht [7]). In dem andern Falle hingegen, wenn der Sohn noch minderjährig ist, und es ist zur Verwaltung

4) S. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. B. 12. Abh.

5) *Nov. CXVII. cap. 1. §. 1.* Eas vero res, quae personis sub potestate constitutis ita relictae vel donatae sunt, (sc. ut pater in his rebus usumfructum non habeat) *si quidem perfectae aetatis sint*, licet sub potestate constituti, quo velint modo administrandi facultatem habeant.

6) *Princip. I. Quib. non est permiss. fac. testam.* Anderer Meinung ist zwar *Io. Wilb.* DAHMEN Diss. de filiofam. de peculio adventitio irregulari etiam mortis causa disponere valente. *Heidelbergae 1760.* Allein man sehe *Christ. Nicol.* SCHUMACHER Diss. de exclusione filiorumfam. a testamentifactione, speciatim quoad bona adventitia extraordinaria. *Goettingae 1781.*

7) *L. 25. D. de mortis caus. donat.*

tung kein besonderer Curator von dem bestellet worden, von welchem die Güter auf den Sohn gekommen sind, steht dem Vater, wenn er nur nicht selbst zur Strafe entweder das zum Pekulium gewordene Vermögen selbst, oder die schon vorher gehabte Administration desselben verwirkt hatte, die Verwaltung dieser Güter zu [8]). Denn es folgt nicht, daß ihm darum, weil er den Nießbrauch nicht hat, auch die Administration zu versagen sey. Will er jedoch die Verwaltung nicht übernehmen, so kann der Sohn um die Bestellung eines Curators bey der Obrigkeit bitten; welcher aber auch dann einen Curator zu setzen obliegt, wenn der von dem Erblasser oder Schenkgeber bestellte Curator sich entschuldiget, oder die Administration nicht übernehmen kann, oder stirbt, ehe der Sohn die Großjährigkeit erreicht hat [9]). Uebernimmt indessen der Vater die Administration, so wird er blos als Curator behandelt, und muß also in Veräusserungsfällen ein Decret haben, auch benöthigten Falls Caution leisten [10]).

§. 912.

8) *L. 8. §. 1. Cod. de bonis, quae lib.* Nov. CXVII. cap. 1. §. 1.

9) *Nov. CXVII. Cap. 1. §. 1.* Quodsi is, qui relinquit, vel donat, nullum forte administratorem iis constituerit, vel qui ab eo datus est, administrationem hanc suscipere aut noluerit, aut non potuerit, vel antequam illi perfectae aetatis fiant, moriatur: tum iubemus, ut competens iudex curatorem fide dignum cum legitima fideiussione illis rebus constituat, qui substantiam illis personis relictam administret et custodiat, donec illi, ut dictum est, ad perfectam aetatem venerint.

10) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 27. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 583. und Westphals Rechtsgutachten 1. Th. h. t. §. 1. S. 82.

§. 912.

Actio de peculio.

Hat nun der Vater dem Sohn, oder hatte bey den Römern ein Herr seinem Sklaven ein Pekulium gegeben, es versteht sich, ein peculium profectitium, nicht aber, wie Hellfeld irrig behauptet, wenn der Vater dem Sohn die Verwaltung seines peculii adventitii überlassen hat [11]); so kann derjenige, welcher mit einer solchen Person contrahirt, oder an ihr aus einem Quasi-Contract eine Forderung hat [12]), gegen den Paterfamilias oder in wessen Gewalt sich diese Person sonst zur Zeit der angestellten Klage befinden mag, ja gegen jeden Besitzer des Pekuliums, er mag Erbe, Legatar, Usufructar, oder ein anderer seyn, an welchen das Pekulium übergieng [13]); mit der actio de pecu-

11) S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1153. Not. 1. Wegen der nicht in dem Nießbrauch des Vaters befindlichen Güter haftet der Sohn selbst. S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 6.

12) Z. B. der Sohn war zum Vormund oder Curator bestellt. *L. 1. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest.* Cum filiusfamilias tutor aut curator datur, pater tutelae, vel negotiorum gestorum iudicio de peculio et de in verso conveniendus est. Hätte der Vater die Vormundschaft seines Sohns auf irgend eine Art anerkannt, es sey durch Genehmigung, oder Einmischung geschehen, so haftet er sogar in solidum *L. 7. D. de tutel. L. 21. D. de admin. et peric. tutor.*

13) *L. 1. §. 2. L. 19. §. fin. L. 27. §. 2. L. 32. §. ult. D. h. t.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. et 8. Ein Anders ist es, wenn der Herr den Sklaven dergestalt verkauft hatte, daß er für das Pekulium den Werth empfing. Hier ward der Verkäufer noch für den Besitzer des Pekuliums gehalten. *L. 33. et 34. D. eodem.* Siehe oben S. 358.

peculio dahin klagen, daß er aus dem Pekulium, so weit es reicht, seine Befriedigung erhalte. Diese Klage ist also eine actio in rem scripta [14]), und hat auch noch das Eigene, daß sie mit Wirkung angestellt werden kann, wenn auch der Beklagte der Person, aus deren Contract er belangt wird, zu contrahiren verboten hätte; denn dieses Verbot schließt nur die actio institoria aus [15]). Es konnte auch der Beklagte durch keine noxae deditio die actio de peculio ablehnen, sondern mußte sich darauf, wie auf eine jede andere Personalklage, einlassen [16]). Der Zeitpunkt, wornach die Größe des Pekuliums beurtheilt wird, ist das tempus rei iudicatae. Dieses entscheidet, wenn gleich zur Zeit der angestellten Klage von dem Pekulium nichts vorhanden war [17]). Jedoch kann der Beklagte zuvor abziehen, was er selbst an dem Pekulium zu fordern hat,

14) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Non maior labor est* etc. pag. 346. und HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 1820. not. b.

15) *L. 29. §. 1. D. h. t.* Etiamsi prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio. — *L. 47. pr. D. eodem* Quoties in taberna ita scriptum fuisset: *cum Ianuario servo meo geri negotium veto:* hoc solum consecutum esse dominum constat, ne institoria teneatur, non etiam de peculio.

16) *L. 21. §. 4. D. h. t.* POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. L. not. a.

17) *L. 30. pr. D. h. t.* Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi si nihil sit in peculio, cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore? *Proculus* et *Pegasus* nihilominus teneri aiunt. Intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. *L. 17. § 15. D Quib. ex caus. in poss. eat.* S. VOET h. t. §. 9. und NOODT h. t. pag. 347.

hat, oder auch was den Personen gebührt, über welche der Vater die Vormundschaft geführt, oder deren Geschäfte er sonst besorgt hat [18]; nicht minder die Forderung seines Socius [19]. Es muß sich nur aber der Beklagte keines Dolus schuldig gemacht haben [20]. Ausserdem kann der Vater

18) *L. 9. §. 2. et 4. D. h. t.* Praeterea id etiam deducatur, quod his personis debetur, quae sunt in tutela, vel cura domini, vel patris; vel quorum negotia administrant. Nam si semper praevenire dominus et agere videtur, cur non dicatur etiam hoc nomine eum secum egisse, quo nomine vel tutelae, vel negotiorum gestorum, vel utili actione tenebitur. Nam ut eleganter *Pedius* ait, ideo hoc minus in peculio est, quod domino vel patri debetur, quoniam non est verisimile, dominum id concedere servo in peculium habere, quod sibi debetur. Sane cum ex ceteris causis ipsum a semet ipso exegisse dicimus, qui negotia vel tutelam geret, cur non etiam in specie peculiari exegerit, quod exigi debuit? Defendendum igitur erit, quasi sibi eum solvere, cum quis agere de peculio conabitur.

19) *L. 11. §. 9. D. h. t.* Non solum autem, quod ei debetur, qui convenitur, deducendum est, verum etiam, *si quid socio eius debetur.* Besitzen mehrere das Pekulium, welche deshalb nur pro rata haften, so kann ein Jeder, welcher de peculio belangt wird, nur das abziehen, was er selbst zu fordern hat. *L. 14. D. h. t.* Besitzen sie aber das Pekulium gemeinschaftlich und auf eine solche Art, daß sie deshalb in solidum haften, so kann der in Anspruch genommene auch die Forderung des andern Correalschuldners abziehen. *L. 15. D. eodem.*

20) *L. 9. §. 4. D. h. t.* Dummodo *dolo careant,* quoniam et si *per dolum* peculium vel ademerint, vel imminuerint, tenentur. *L. 21. pr. D. eodem.* Summa cum ratione etiam hoc peculio Praetor imputabit, *quod dolo malo domini factum est, quominus in peculio esset.* Sed *dolum malum* accipere debemus, si ei ademit

Vater seine Forderung abziehen, wenn auch die Forderung des klagenden Gläubigers noch so privilegirt wäre [21]). Nur unter den übrigen Gläubigern kommt der Vorzug der einen Forderung vor der andern in Betrachtung [22]). Hier muß auch derjenige, welcher zuerst klagte, Caution leisten, daß er das Empfangene zurückgeben wolle, wenn sich nachher noch ein privilegirter Gläubiger finden würde [23]). Das Recht des Vorabzugs fällt jedoch weg, wenn der Beklagte seiner Forderung wegen auf andere Art Befriedigung erhalten kann [24]), z. B. er kann actione venditi oder condictione indebiti klagen [25]). Reicht das Pekulium zur Befriedigung nicht hin, so bleibt ihm zwar unbenom-

emit peculium. Sed et si eum intricare peculium in necem creditorum passus est, *Mela* scribit, dolo malo eius factum. Sed etsi quis, quum suspicaretur, alium secum acturum, alio peculium avertat, dolo non caret. S. HAUBOLD Diss. de Fabio Mela ICto. §. 8.

21) *L.* 52. *pr. D. h. t.* Respondi, *nullum privilegium praeponi patri vel domino potest, cum ex persona filii vel servi de peculio conveniuntur.*

22) *L.* 52. *cit.* Plane in *caeteris creditoribus* habenda est *ratio privilegiorum.*

23) *L.* 52. *§. 1. D. eodem.* Si dos filiofamilias sit data, vel tutelam administraverit, *habenda erit ratio privilegiorum in actione de peculio:* dilata interim caeterorum creditorum actione, vel interposita cautione, si priores agant, qui privilegium non habent, *restitutum iri, quod acceperunt, si inferatur postea cum patre actio privilegii.*

24) *L. 11. §. 6. D. h. t.* Quod autem deduci debere diximus id, quod debetur ei, qui de peculio convenitur, ita accipiendum est, *si non hoc aliunde consequi potuit.*

25) *L. 11. §. 7. D. eodem.*

benommen, wenn das Pekulium nachher vermehrt worden ist, wegen des Rests zu klagen [26]); zum voraus aber kann auf diesen Fall keine Caution gefordert werden [27]). Rührt die Forderung des Gläubigers weder aus einem Contract noch Quasi-Contract, sondern aus einem Delict her; so findet in der Regel die actio de peculio nicht Statt [28]), weil Verbrechen nur die Person des Delinquenten verpflichten, aber keinen Unschuldigen zum Nachtheil gereichen können, das Pekulium auch nur zur Verwaltung, aber nicht zum Delinquiren gegeben wird [29]). Zuweilen ist aber doch auch die Klage wegen eines Delicts des Sohns gegen den Vater begründet, nämlich wenn der Vater dadurch bereichert worden [30]); oder der Sohn schon

26) *L. 30. §. 4. D. h. t.* Is, qui semel de peculio egit, rursus, aucto peculio, de residuo debiti agere potest.

27) *L. 47. §. 2. D. eodem.* Si semel actum sit de peculio, quamvis minus inveniatur rei iudicandae tempore in peculio, quam debet, *tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii.*

28) *L. 58. D. de reg. iuris.* Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari. *L. 1. §. 7. D. de his, qui effud. vel dejecer.*

29) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 346. de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 18. und POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XXX. not. q.

30) *L. 3. §. 12. D. h. t.* Est verius, *in quantum locupletior dominus factus esset,* ex furto facto *actionem de peculio* dandam: quia iniquissimum est, ex furto servi dominum locupletari impune. Nam et circa rerum amotarum actionem filiaefamilias nomine, in id, quod ad patrem pervenit, competit *actio de peculio.* S. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LV. Th. 5.

schon wegen des Verbrechens verurtheilt worden ist [31]). Hier hat die actio iudicati de peculio quasi ex contractu Statt [32]). Allein wegen eines vom Sohne dem Macedonianischen Senatusconsultum zuwider contrahirten Gelddarlehns [33]), desgleichen wegen einer Schenkung findet die actio de peculio auf keine Weise statt [34]).

31) *L. 3. §. 11. D. h. t.* PAPINIANUS scribit, *iudicati* quoque patrem *de peculio actione* teneri. Quod et MARCELLUS putat, etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita *iudicio contrahi*; proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem.

32) S. VOET Comm. h. t. §. 7. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. und POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XXVI.

33) *L. 6. Cod. ad SCtum Macedon.* Bey Sklaven war es anders. Hier hatte die actio de peculio gegen den Herrn auch wegen eines aufgenommenen Darlehns statt. *L. 7. Cod. Quod cum eo.*

34) *L. 7. pr. D. de donation.*

Lib. XV. Tit. II.
Quando de peculio actio annalis est.

§. 913.
Dauer der actio de peculio.

Die actio de peculio, welche, wenn der Sohn oder Sklave in der Gewalt des Familienvaters blieb, eine actio perpetua war, erlosch nach der Strenge des Civilrechts, wenn er in der Gewalt seines Vaters oder Herrn zu seyn aufhörte; es mochte durch den Tod, oder durch Emancipation des Sohns, oder auch bey Sklaven durch Manumission oder Veräusserung geschehen. Denn hierdurch hörte auch die Existenz des Pekuliums auf. Damit aber doch diese Strenge den Gläubigern, welche dabey ausser Schuld waren, nicht zum Nachtheil gereichen möchte, so verordnete der Prätor in seinem Edict, daß die actio de peculio nach aufgehobener Gewalt noch ein Jahr wider den Vater oder Herrn, oder auch derselben Erben Statt haben sollte, wofern die Klage nicht ohnehin kürzer würde gedauert haben, wie z. B. die actio de peculio redhibitoria. Dieses Jahr ist ein annus utilis, welches nicht gerade von der Zeit an gerechnet wird, da die väterliche Gewalt aufhörte, sondern da die Klage ohne rechtliches Hinderniß angestellt werden konnte. Es sind hierüber folgende Gesetze merkwürdig.

 L. 1.

L. 1. pr. D. h. t. Praetor ait: *Post mortem eius, qui in alterius potestate fuerit, posteave, quam is emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit, duntaxat de peculio, et si quid dolo malo eius, in cuius potestate est, factum erit, quominus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo.*

§. 1. Quamdiu servus vel filius in potestate est, *de peculio actio perpetua est*: post mortem autem eius, vel postquam emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit, *temporaria* esse incipit, id est, *annalis.*

§. 2. *Annus* autem *utilis* computabitur: et ideo si conditionalis sit obligatio, JULIANUS scripsit, ex eo computandum annum, non ex quo emancipatus est, *sed ex quo peti potuit*, conditione existente.

§. 3. Merito autem temporariam in hoc casu fecit Praetor actionem: nam cum morte vel alienatione extinguitur peculium, sufficiebat, usque ad annum produci obligationem.

§. 4. *Alienatio* autem et *manumissio* ad *servos* pertinet, non ad filios. *Mors* autem tam ad *servos*, quam ad *filios* refertur: *emancipatio* vero ad solum *filium.* Sed et si alio modo *sine emancipatione* [35]) desierit esse in potestate, annalis erit actio. Sed et si *morte patris,*

35) Zu Ulpians Zeiten gehörte hierher der Fall, wenn der Sohn flamen dialis wurde. Denn hierdurch wurde er ohne Capitisdeminution aus der väterlichen Gewalt befreit. S. ULPIANI *Fragm. Tit. 10. §. ult.* und GELLIUS *Lib. I. Noct. Atticar.* cap. 12.

tris, vel *deportatione* ſui iuris fuerit filius, de peculio intra annum *heres patris* vel *fiscus* [36]) tenebuntur.

L. 2. D. h. t. Cum poſt mortem filiifamilias annua adverſus patrem actio eſt, quemadmodum adverſus eum eſſet perpetua vivo filio: ideo, ſi *ex cauſa redhibitionis* erat de peculio actio, *ſex menſium* erit poſt mortem filii. Idemque dicendum in *omnibus temporalibus actionibus*.

Iſt die actio de peculio heut zu Tage vielleicht nicht ſo häufig [37]), als ſie bey den Römern war, ſo iſt doch kein Grund vorhanden, die heutige Anwendbarkeit derſelben überhaupt zu bezweifeln [38]), und in ſo fern kann denn auch noch von dieſem Titel Gebrauch gemacht werden [39]).

36) Wenn nämlich das Vermögen des Vaters wegen eines Verbrechens deſſelben confiscirt worden war, ſo ging das Pekulium mit auf den Fiskus über. Zog aber der Fiskus das Vermögen wegen einer Schuldforderung ein, ſo verblieb dem Sohn das peculium. *L. 3. §. 4. D. de minorib.* S. POTHIER Pand. Iuſtin. h. t. Nr. XXXIX. not. c.

37) SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exerc. XXVII. §. 85. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XV. Tit. 1. Qu. 16. und Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 1154.

38) Anderer Meinung ſind *Io. Wilh.* MARCKART Exercitation. academ. Exercit. VII. §. 1. und CARRACH Diſſ. de different. iur. Rom. et Germ. in peculio filiorfam. §. 16.

39) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

Lib. XV. Tit. III.

De in rem verso.

§. 914.

Natur und Grund der actio de in rem verso.

Zuweilen haftet dennoch der Familienvater aus den Contracten seines Sohns oder Sklaven, wenn er auch kein Pekulium dazu gegeben, oder solches seinem Sohne oder Sklaven wieder genommen hat, oder das Pekulium durch den Tod desselben erloschen, und auch das Jahr, binnen welchem die actio de peculio hätte angestellt werden können, verlaufen ist, oder das Pekulium zur Befriedigung des Gläubigers nicht zureicht, oder die actio de peculio ganz vergeblich war angestellet worden. Dieß ist der Fall, wenn der Gläubiger beweisen kann, daß durch das Geschäft des Beklagten Nutzen befördert worden sey, welches er mit desselben Sohne oder Sklaven geschlossen hat. Hier hat die *actio de in rem verso* Statt, welche jene Schranken der actio de peculio nicht kennt, sondern blos auf den Grundsatz der natürlichen Billigkeit gebauet ist, daß sich Niemand mit des Andern Schaden bereichere, und so lange Statt findet, als die versio in rem von dem Beklagten nicht vergütet worden ist. So erklärt sich über die Natur und den Nutzen dieser Klage **Ulpian**, wenn er *L.* 1 *D. h. t.* sagt: Si hi, qui in potestate aliena sunt, nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen: teneantur, qui eos habent in potestate, *si in rem eorum, quod*

quod acceptum eſt, converſum ſit; quaſi cum ipſis potius contractum videatur. Nec videtur fruſtra *de in rem verſo actio* promiſſa, quaſi ſufficeret *de peculio.* Rectiſſime enim LABEO dicit, fieri poſſe, ut et *in rem verſum* ſit, et ceſſet *de peculio actio.* Quid enim, ſi dominus peculium ademit ſine dolo malo? Quid, ſi morte ſervi extinctum eſt peculium, et annus utilis praeteriit? *De in rem verſo namque actio perpetua eſt*, et locum habet, ſive ademit ſine dolo malo, ſive actio de peculio anno finita eſt. — Certe ſi praeventum ſit ab aliquo, et actum de peculio, de in rem verſo actio an ceſſet, videndum? Et refert POMPONIUS, *Iulianum* exiſtimare, de peculio actione perimi de in rem verſo actionem: quia in peculium converſum eſt, quod in domini rem erat verſum; et pro ſervo ſolutum eſt, quemadmodum ſi ipſi ſervo a domino fuiſſet ſolutum. Sed ita demum, *ſi praeſtiterit ex actione de peculio dominus, quod ſervus in rem eius verterat:* ſi non praeſtiterit, *manet actio de in rem verſo.* — *L.* 10. §. 7. *D. eodem.* Nam, ut POMPONIUS ſcribit, adverſus lucrum domini videtur ſubventum.

§. 915.

Erforderniſſe der actio de in rem verſo.

Die *actio de in rem verſo* findet der Regel nach in den Fällen Statt, wo ein Bevollmächtigter die actio mandati, oder ein Geſchäftsverweſer die actio negotiorum geſtorum anſtellen kann. Dies iſt der Grundſatz, von welchem wir hier mit **Ulpian** ausgehen müſſen, wenn er *L.* 3. §. 2. *D. h. t.* ſagt: Et regulariter dicimus, totiens *de in rem verſo* eſſe *actionem*, quibus caſibus procura-

curator *mandati*, vel qui negotia gessit, *negotiorum gestorum* haberet *actionem*. Nach der Analogie dieser Klagen wird also erfordert 1) daß ein Geschäft des Beklagten, und zwar 2) direct zu desselben Nutzen, und 3) in der Absicht, den Beklagten dadurch verbindlich zu machen, müsse besorgt worden seyn [40]). Es ergeben sich hieraus folgende Wahrheiten.

I) Hat ein noch unter väterlicher Gewalt stehender Sohn einen Contract geschlossen, durch dessen Gegenstand der Vater zwar wirklich bereichet worden ist; er hat ihn aber nicht für den Vater, um ein Geschäft desselben zu besorgen, sondern für sich, um seines Pekuliums willen, geschlossen, so ist die actio de in rem verso nicht zuläßig, sondern es muß die actio de peculio angestellet werden, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 5. §. *ult. D. h. t.* Placet, non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. Hoc autem toties verum est, *quoties servus rem domini gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus.*

L. 7. §. 2. *D. eodem.* Illud verum non [41]) est, quod MELA scribit, si servo meo argentum dederis, ut

40) S. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. II. pag. 431.

41) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. glaubt, Mela habe Recht, und Ulpian könne unmöglich desselben Meinung verworffen haben. Man müsse also das NON als überflüßig ausstreichen. Denn da der Sklave die Becher nicht gerade aus eben dem Silber, was ihm dazu von dem Besteller derselben war gegeben worden, sondern nach seinem Belieben auch aus jedem andern Silber habe verfertigen sollen, so sey sein Herr Eigen-

ut pocula tibi faceret *ex quolibet argento* [42]), mox, factis poculis, servus decesserit, esse tibi adversus me
de

Eigenthümer derselben geworden, und ihm stehe deshalb mit Recht die Reivindication zu. Der Besteller der Becher hingegen sey, wegen des dazu gegebenen Silbers, nur als ein Gläubiger des Sklaven anzusehen; *L. 27. §. 2. D. de auro et argento leg.* folglich stehe ihm nur eine persönliche Klage gegen den Herrn desselben zu. Dies könne aber keine andere, als die *actio de in rem verso* seyn, weil ja der Herr durch das seinem Sklaven gegebene Silber bereichert sey, als welches zu den Bechern verwendet worden, wovon der Herr das Eigenthum erworben hat. So passe nun auch der Grund vollkommen: *quoniam possum pocula vindicare.* Denn der Schluß sey vollkommen richtig: weil aus deinem Silber meine Becher gemacht sind, so ist dein Silber in meinen Nutzen verwendet worden. Allein dem allen ungeachtet hat dennoch Ulpian die Meinung des Mela mit Recht verworffen. Denn offenbar hatte ja hier der Sklave kein Geschäft für seinen Herrn geschlossen, sondern für sich selbst gehandelt. Das Geschäft war also ein bloßes negotium peculiare. Er nützte dadurch seinem Herrn nur Folgeweise. Durch eine solche blos mittelbar geschehene Verwendung aber wird die actio de in rem verso nicht begründet. S. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. III. not. a. p. 332. und Thibaut Syst. des P. R. 1. Th. §. 374.

42) Die Worte *ex quolibet argento* scheinen den Auslegern Schwierigkeit zu machen. Man sehe HAUBOLD Diss. de Fabio Mela ICto §. 9. Hier wird eine doppelte Erklärung in Vorschlag gebracht. Die eine wird auf die Gewohnheit der Römer gegründet, welche ihre Gefäße nicht aus reinem Silber, sondern aus einer vermischten Masse zu verfertigen pflegten. Die andere besteht darin, daß dem Sklaven überlassen worden sey, die Becher auch aus jedem andern, als dem ihm dazu gegebenen Silber, zu verfertigen. Die letzte Erklärung verdient allerdings den Vorzug. Denn wäre ausbedungen worden,

de in rem verso actionem, quoniam possum pocula vindicare [43]).

L. 7. §. 4. D. h. t. Idem (sc. LABEO) ait, et si hereditatem a servo tuo emero, quae ad te pertinebat, et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, *ex emto actione* me id ipsum consecuturum; videri enim in rem tuam versum [44]): nam et si hereditatem a servo emero, ut, quod mihi ab ipso servo debebatur, compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex emto, quod ad

den, daß die Becher aus dem gegebenen Silber gemacht werden sollten, so wäre der Besteller derselben Eigenthümer des Silbers geblieben, und die daraus verfertigten Becher wären sein Eigenthum geworden. Allein nach dem mit dem Sklaven geschlossenen Vertrage war das Silber an denselben veräussert, darum waren die daraus gemachten Becher Eigenthum des Herrn geworden, und er konnte sie also, als zum Pekulium des Sklaven gehörig, vindiciren. Es läßt sich also wohl nicht behaupten, daß die Worte: *ex quolibet argento*, als ganz überflüßig, hätten wegbleiben können.

43) Einige wollen diese letzten Worte so verstehen, als ob die actio de in rem verso darum unzuläßig sey, weil dem Besteller der Becher die rei vindicatio zustehe. Allein gegen diese Erklärung hat schon Anton Faber a. a. O. sehr gründlich erinnert, daß es alsdann hätte heißen müssen: *quoniam potes pocula vindicare.* Hoc vero falsissimum est, fügt er mit Recht hinzu, posse te pocula vindicare, quae ex argento tuo servus meus fecerit, si argentum tuum ei sic dederas, ut ex quolibet argento pocula tibi faceret. Mea namque sunt, non tua.

44) Der Grund des Labeo war, weil der Herr dadurch reicher geworden war, daß ihn der Käufer der Erbschaft von den erbschaftlichen Schulden frey gemacht hatte.

ad dominum pervenit [45]). Ego autem non puto, *de in rem verſo* eſſe *actionem* emtori, *niſi hoc animo geſſerit ſervus, ut in rem domini verteret* [46]).

L. 3. *§.* 5. *D. eodem.* Idem LABEO ait: ſi ſervus mutuatus nummos a me, alii eos crediderit, *de in rem verſo dominum* teneri, quod nomen ei adquiſitum eſt. Quam ſententiam POMPONIUS ita probat, *ſi non peculiare nomen fecit, ſed quaſi dominicae rationis:* ex qua cauſa hactenus erit dominus obligatus, ut, ſi non putat, ſibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus, procuratoremque eum faciat [47]).

L. 3.

45) Bis hierher hat Ulpian bloß die Meinung des Labeo vorgetragen, welche er in den folgenden Worten berichtiget.

46) D. i. die actio de in rem verſo würde nur dann Statt haben, wenn der Sklave die Erbſchaft, als ſeinem Herrn gehörig, verkauft hätte, in der Meinung, ein Geſchäft deſſelben zu beſorgen. S. POTHIER Pand. Iuſtin. h. t. Nr. III. not. d.

47) Wenn alſo der Sklave das Geld geborgt hatte, um es wieder an einen Andern auszuleihen; ſo kam es nach der Meinung des Pomponius darauf an, ob er dieſes für ſeinen Herrn that, um ihm dadurch einen Schuldner zu verſchaffen, oder ob er bloß für ſich handelte, um ein nomen peculiare zu haben. Im letztern Falle findet die *actio de in rem verſo* nicht ſtatt. Zwar iſt der Herr dadurch bereichert worden, daß der Sklave durch das unternommene Geldgeſchäft ſein Pekulium vermehrt hat. Allein dieſes begründet nur die *actio de peculio*. In dem erſten Falle hingegen iſt die *actio de in rem verſo* zwar an ſich keinem Zweifel unterworffen. Da jedoch der Herr dem Gläubiger, der ſeinem Sklaven das Geld geliehen hat, mit der *actio de in rem verſo* blos darum haftet, weil der Sklave das Geld wieder für den Herrn ausgeliehen,

und

L. 3. §. 7. *D. de peculio.* Cui congruit, quod JULIANUS ſcribit: Si a filio meo fideiuſſorem accepero, quidquid a fideiuſſore accepero, id me non *de in rem verſo*, ſed *de peculio actione* mandati praeſtaturum [48]. Idem accipias et in ſervi fideiuſſore. Idemque ſi alius mihi pro filio meo debitore ſolviſſet.

Iſt es zweifelhaft, ob der Sohn ein Geſchäft für ſeinen Vater oder für ſich ſelbſt, um ſeines Pekuliums willen, geſchloſſen habe; z. B. er nahm Geld auf, und bezahlte

und ihm dadurch eine Schuldforderung erworben hat; ſo kann er die Klage dadurch abwenden, wenn er dem Gläubiger ſeine Forderuug cedirt, inſofern ihm nämlich damit nichts gedient iſt, einen Schuldner zu haben, von dem vielleicht künftig das Geld nur durch einen verdrießlichen Proceß einmal wieder zu erhalten wäre. Nach Recht und Billigkeit kann der Gläubiger weiter nichts verlangen. In omnibus enim, ſagt Scävola *L. 51. in fin. D. de peculio*, quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro iuſta praeſtatione eſt. S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad *L. 3. §. 5. D. h. t.* pag. 246.

48) Denn wenn gleich das Geld, was mir der Bürge meines Sohns dem Auftrage deſſelben zu Folge bezahlt hat, in meine Hände gekommen iſt; ſo hat doch mein Sohn, wenn er mir einen Bürgen ſtellte, und dieſem den Auftrag gab, mich zu bezahlen, direct ſein eignes Geſchäft beſorgt. S. POTHIER Pandectae Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. IV. not. f. pag. 432. Klagt alſo der Bürge wegen ſeiner Entſchädigung, ſo kommt ihm zwar die actio mandati gegen meinen Sohn zu, welche auf das Ganze geht. Klagt er aber gegen mich, den Vater, ſo kann er nicht *actione de in rem verſo*, ſondern blos *actione de peculio* klagen. Eben ſo iſt es auch, wenn Jemand, ohne vorhergegangene Bürgſchaft, mir eine Forderung an meinen Sohn bezahlt hätte. S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 3. §. 7. D. de pecul.

zahlte damit einen Gläubiger, welchem sowohl er selbst, als sein Vater schuldig war; so ist im Zweifel anzunehmen, der Sohn habe in eigenem Namen gehandelt, und sich vielmehr, als seinen Vater von seiner Schuld befreien wollen. Zwar nützt diese Befreiung auch Folgeweise dem Vater, weil er hierdurch von dem Anspruche des Pekuliargläubigers seines Sohns befreyet wird. Allein dieser Umstand begründet noch keine *actio de in rem verso* gegen den Vater, wenn nicht der Sohn direct zu dessen Nutzen gehandelt hat. Dieses würde z. B. dann der Fall seyn, wenn der Vater das Geld zur Bezahlung seiner Schuld von dem Sohne empfangen hätte, wie folgende Gesetzstelle bestätigt.

L. 10. §. 10. *D. h. t.* Idem (POMPONIUS) tractat, an ex eventu possit in rem patris filius vertere: veluti si duo rei, pater et filius fuerint [49]), et filius mutuatus *suo nomine* solvat: vel si filio iussu patris credidisti, et filius creditum tibi solvisset? Mihi videtur, *si quidem pecunia ad patrem pervenerat*, *videri in rem versum*: quod *si non fuit*, *et* SUUM NEGOTIUM *gerens filius solvit*, *non esse de in rem verso actionem.*

Hätte der Sohn das Geld auch zu einem andern Zweck aufgenommen, was er nachher zu Besorgung eines Geschäfts seines Vaters und zu desselben Nutzen verwendet hat, so ist dennoch die actio de in rem verso begründet. Ulpian sagt *L.* 3. §. 1. *in fin. D. h. t.* Hoc enim iure utimur, ut etiam si prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse *de in rem verso actio* possit.

II. Eine

49) Es ist nicht nöthig, mit *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. gerade correi debendi hier anzunehmen.

II. Eine *versio in rem* ist vorhanden, wenn durch das von dem Sohn geschlossene Geschäft entweder das Vermögen des Vaters vermehrt, oder demselben dadurch pflichtmäßige Ausgaben erspart worden sind [50]). Dahin gehört z. B. wenn der Sohn Geld aufnahm, um eine dringende Schuld seines Vaters damit zu bezahlen, oder um sich den nöthigen Unterhalt, und Kleidung zu verschaffen, oder um seiner Schwester oder Tochter ein Heyrathsgut zu bestellen, welches ihr der Vater zu geben schuldig war. Es sind hier folgende Gesetzstellen merkwürdig.

L. 3. §. 1. *D. h. t.* IN REM autem VERSUM videtur, sive id ipsum, quod servus accepit, in rem domini convertit (veluti si triticum acceperit, et id ipsum in familiam domini, cibariorum nomine, consumserit; aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit: sed et si erravit in solvendo, et putavit creditorem eum, qui non erat, aeque in rem versum esse, POMPONIUS ait, quatenus indebiti repetitionem dominus haberet) sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit, (veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam, vel si ad vestiendam).

§. 2. Et regulariter dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, — quotiens aliquid consumsit servus, *ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem.*

§. 3.

50) S. *Io. Iac.* ROESSING Diss. de versione in rem, et quidem eius natura, indole et effectibus secundum principia iuris civilis. *Goettingae 1799.*

§. 3. Proinde ſi ſervus ſumſit pecuniam, ut ſe aleret et veſtiret ſecundum conſuetudinem domini (id eſt, usque ad eum modum, quem dominus ei praeſtare conſueverat) in rem videri domini vertiſſe, LABEO ſcribit. Ergo idem erit et in filio.

L. 7. §. 5. *D. h. t.* Si filiusfamilias pecuniam mutuatus, pro filia ſua dotem dederit, *in rem verſum patris videtur, quatenus avus pro nepte daturus fuit.* Quae ſententia ita demum mihi vera videtur, *ſi hoc animo dedit, ut patris negotium gerens.*

L. 8. *D. eodem.* Et nihil intereſſe POMPONIUS ait, filiae ſuae nomine, an ſororis, vel neptis ex altero filio natae dederit. Idem ergo dicemus, et ſi ſervus mutuatus fuerit, et domini ſui filiae nomine in dotem dederit.

L. 9. D. eodem. Si vero pater dotem daturus non fuit, in rem patris verſum eſſe non videtur.

Zu den Fällen einer verſio in rem iſt auch noch der zu zählen, wenn der Sohn den Vater von einer Verbindlichkeit oder Klage befreit hat. Z. B. der Sohn hat für den Vater Bürgſchaft geleiſtet, und dem Gläubiger die Schuld bezahlt; oder der Sohn hat den Vater, als defenſor, vor Gericht vertreten, welche Beyſpiele Ulpian anführt *L.* 10. *pr. et* §. 1. *D. h. t.*

Hat der Sohn für den Vater ohne deſſen Geheiß eine Sache gekauft, ſo war ſie entweder dem Vater nöthig, oder blos nützlich. Im erſtern Falle haftet der Vater für den ganzen bedungenen Kaufpreiß mit der actio de in rem verſo, wenn auch der Sohn zu theuer gekauft hätte. In dem letztern Falle aber kommt es darauf

an,

an, was die Sache wirklich werth ist. Hat daher der Sohn die Sache zu theuer gekauft, so ist nur bis auf den wahren Werth derselben eine versio in rem patris vorhanden. Ist hingegen die Sache mehr werth, so wird nur der Kaufpreiß in Anschlag gebracht.

L. 5. pr. D. h. t. Si res domino non necessarias emerit servus, quasi domino necessarias, veluti servos: hactenus videri in rem eius versum, POMPONIUS scribit, quatenus servorum verum pretium facit: cum, si necessarias emisset, in solidum, quanto venissent, teneretur.

L. 12. D. eodem. Si fundum patri dominove emit servus vel filiusfamilias, versum quidem esse videtur: ita tamen, ut sive minoris sit, quam est emtus, tantum videatur in rem versum, quanti dignus sit; sive pluris sit, non plus videatur in rem versum, quam emtus est.

Unternahm der Sohn ein Geschäft zum Besten des Vaters, z. B. er kaufte nöthiges Getraide, oder nahm zur Bestreitung nothwendiger Haushaltungskosten, welche er dadurch dem Vater ersparte, Geld auf; so ist die actio de in rem verso begründet, wenn auch das, was der Gläubiger hergab, oder die dafür angeschafte Sache durch Zufall verunglückt, oder verdorben, oder verlohren gegangen wäre. Denn auch der Procurator, oder der negotiorum gestor würde durch einen solchen Zufall, welcher billig nur den Eigenthümer trifft, sein Klagerecht nicht verlieren.

L. 3. §. 7. D. h. t. Recte dicitur, et si frumentum comparavit ad alendam domini familiam, et in hor-

horreo dominico reposuit, et hoc periit, vel corruptum est, vel arsit, videri versum.

L. 3. §. 8. *eod.* Sed et si servum domino necessarium emisset, isque decessisset, vel insulam fulsisset, eaque ruisset, dicerem, esse de *in rem verso actionem.*

L. 17. *pr. D. eodem.* Servus *in rem domini* pecuniam mutuatus, *sine culpa* eam perdidit. Nihilominus posse cum domino de in rem verso agi, existimavi. Nam et si *procurator* meus in negotia impensurus pecuniam mutuatus, *sine culpa* eam perdiderat, recte eum hoc nomine *mandati*, vel *negotiorum gestorum* acturum.

III. Nicht immer wird durch wirkliche Verwendung der Sache die actio de in rem verso gegen den Vater begründet, wenn nicht der Sohn auch die Absicht hatte, seinen Vater verbindlich zu machen. Z. B. der Sohn nimmt Geld auf, oder er kauft Etwas, um seinem Vater damit ein Geschenk zu machen. Hier fällt nach Ulpian *L.* 7. *pr. D. h. t.* die actio de in rem verso weg [51]. Ein Anders wäre, wenn der Sohn das Geld aufgenommen hätte, um damit eine Schuld des Vaters, jedoch ohne sich denselben verbindlich zu machen (donandi animo), zu bezahlen. Hier ist die actio de in rem verso allerdings begrün-

51) Unrichtig setzt hier *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. den Grund der Entscheidung darin, *quia donatio rei peculiaris a servo collata, nihil addit iuri dominii, quod habebat dominus in rebus omnibus peculiaribus ante donationem, nisi quod facit, ut peculiaris esse desinat, qualis antea erat.* Man sehe vielmehr POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XII. und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. in fin.

begründet. Denn der Vater ist hierdurch von einer Schuld befreiet, und also unstreitig reicher geworden [52]. So hängen folgende Gesetzstellen zusammen.

L. 7. pr. et §. 1. D. h. t. Et ideo, *et si donaverit servus domino rem peculiarem*, actio *de in rem verso* cessabit. Et sunt ista vera. — Plane si mutuum servus acceperit, et *donandi animo* solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, *de in rem verso actio est.*

L. 10. §. 2. D. eodem. Idem tractat PAPINIANUS, et si, quod patrem dare oporteret, a filio sim stipulatus, et ita convenerim filium: nam et hic *de in rem verso* fore actionem; *nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat* [53]).

§. 916.

Fälle, wo die actio de in rem verso in der Regel wegfällt.

Die actio de in rem verso findet nach den vorausgeschickten Grundsätzen nicht Statt, I) wenn das, was für den Beklagten verwendet worden, mehr auf einen überflüssigen Aufwand und Ueppigkeit hinausläuft, als daß es ihm zum Nutzen gereicht. Denn auch der Prokurator kann solcher Auslagen wegen keinen Ersatz fordern. Der Gläubiger kann sich hier blos an das halten, was mit seinem Gelde angeschaft worden, sofern es ohne Schaden einer andern Hauptsache, welche etwa dadurch hat verzieret werden sollen, weggenommen, und getrennt werden kann. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn ein solcher Aufwand mit

52) *L. 66. in fin. D. de solut.*

53) Man sehe über diese Stelle SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVII. §. 95. et 96.

mit Willen des Beklagten gemacht worden ist, oder Schicklichkeit und Anstand diese Kosten erforderten, oder der Beklagte mit dergleichen Waaren zu handeln, oder derselbe sonst einen solchen Aufwand zu machen pflegte, wozu der Kläger das Geld hergeschossen hat [54]). Nur wird in diesem letzten Falle erfordert, daß nicht mehr aufgewendet worden sey, als derjenige, für den der Aufwand gemacht worden, selbst dazu herzugeben pflegte, wie folgende Gesetzstellen lehren.

L. 3. §. 4. *D. h. t.* Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis [55]), et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur versum; quia nec procurator haec imputaret: nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit. Nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset. Quid ergo est? Pati debet dominus, creditorem haec auferre, sine domus suae videlicet iniuria: ne cogendus sit dominus vendere domum, ut, quanti pretiosior facta est, id praestet [56]).

54) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

55) Was *Tectoria* sind, ist im 9. Th. §. 635. S. 246. Not. 91 erklärt worden.

56) Hätte jedoch die Sache durch die Verzierungen einen höhern Werth erhalten, und sich dazu ein Liebhaber gefunden, der eben deswegen mehr für die Sache zahlen will; so würde allerdings eine versio in rem vorhanden seyn; und der Gläubiger wenigstens Ersatz dessen fordern können, was der Käufer jetzt mehr für die Sache bezahlt hat, als er sonst gegeben haben würde.

L. 3. §. 6. D. eodem. Necnon illud quoque in rem domini verſum, LABEO ait, quod mutuatus ſervus, *domino emit volenti ad luxuriae materiam*, unguenta forte, vel ſi quid ad delicias, vel ſi quid ad turpes ſumtus ſubminiſtravit: *neque enim ſpectamus, an bono domini ceſſerit, quod conſumtum eſt, ſed an in negotium domini.*

L. 7. §. 3. D. eod. Illud plane verum eſt, quod LABEO ſcribit, ſi odores et unguenta ſervus emerit, et ad funus erogaverit, quod ad dominum ſuum pertinebat; videri in rem domini verſum.

L. 10. D. de impenſis in res dotal. fact. — ſi hae res, in quibus impenſae factae ſunt, *promercales* fuerint: tales impenſae non *voluptuariae*, ſed *utiles* ſunt.

II) Wenn der Vater dem Sohne das Geld zur Abfindung des Gläubigers gegeben hat, so findet die actio de in rem verſo nicht weiter Statt, geſetzt auch, daß der Sohn das Geld verſchleudert hätte, wenn nur der Vater dabey ohne Argliſt handelte. Der Gläubiger muß ſich deshalb an den Sohn halten, welcher immer der Hauptſchuldner bleibt. Dem Vater hingegen kann um ſo weniger zugemuthet werden, das, was der Sohn für ihn verwendet hatte, noch einmal zu bezahlen, da der Sohn ſein nächſter Gläubiger war, mithin auch durch Bezahlung deſſelben von ſeiner Schuld befreiet wurde [57]. Die actio de in rem verſo iſt nicht einmal dann weiter zuläßig, wenn auch der Vater es wußte, daß man ſeinem Sohne kein Geld ſicher anvertrauen könne, und er ihm dennoch das

57) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 10. §. 6. D. h. t.

das Geld, womit der Gläubiger befriediget werden sollte, zum Nachtheil desselben in die Hände gab. Indessen begründet doch diese Arglist des Vaters wenigstens die actio doli mali, wie Ulpian lehrt *L.* 10. §. 6. *D. h. t.* VERSUM autem sic accipimus, *ut duret versum*: et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum, vel filio. Si tamen *in necem creditoris*, id est, perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis [58]) solutum sit, *desinit quidem versum: aequissimum autem est, de dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem.*

III. Wenn der Sohn zwar das Geld namentlich zum Besten des Vaters aufnahm, aber es durch eigne Schuld nicht dazu verwandte, und also den Gläubiger hinterging; so haftet der Vater nicht, wenn auch der Sohn schon öfters für den Vater Geld aufgenommen, und es immer zweckmäßig verwendet hätte. Denn der Gläubiger darf hier nicht leichtgläubig seyn, sondern muß sich selbst um die Verwendung bekümmern. Sed si sic accepit, sagt Ulpian *L.* 3. §. 9. *D. h. t. quasi in rem domini verteret*, nec vertit, et decepit creditorem, *non videtur versum, nec tenetur dominus:* ne credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas servi noceret. Quid tamen, si is fuit servus, *qui solitus erat accipiens vertere?* adhuc non puto nocere domino, si alia mente servus accepit: aut si, cum hac mente accepisset, postea alio vertit. *Curiosus igitur debet esse creditor, quo vertatur.*

IV. Ist

58) Das Erlanger Pandecten Manuscript lieset hier richtiger, *quatenus* solutum sit.

schon wegen des Verbrechens verurtheilt worden ist [31]). Hier hat die actio iudicati de peculio quasi ex contractu Statt [32]). Allein wegen eines vom Sohne dem Macedonianischen Senatusconsultum zuwider contrahirten Gelddarlehns [33]), desgleichen wegen einer Schenkung findet die actio de peculio auf keine Weise statt [34]).

31) *L. 3. §. 11. D. h. t.* PAPINIANUS scribit, *iudicati* quoque patrem *de peculio actione* teneri. Quod et MARCELLUS putat, etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita *iudicio contrahi*; proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem.

32) S. VOET Comm. h. t. §. 7. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. und POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XXVI.

33) *L. 6. Cod. ad SCtum Macedon.* Bey Sklaven war es anders. Hier hatte die actio de peculio gegen den Herrn auch wegen eines aufgenommenen Darlehns statt. *L. 7. Cod. Quod cum eo.*

34) *L. 7. pr. D. de donation.*

Lib. XV. Tit. II.
Quando de peculio actio annalis est.

§. 913.
Dauer der actio de peculio.

Die actio de peculio, welche, wenn der Sohn oder Sklave in der Gewalt des Familienvaters blieb, eine actio perpetua war, erlosch nach der Strenge des Civilrechts, wenn er in der Gewalt seines Vaters oder Herrn zu seyn aufhörte; es mochte durch den Tod, oder durch Emancipation des Sohns, oder auch bey Sklaven durch Manumission oder Veräusserung geschehen. Denn hierdurch hörte auch die Existenz des Pekuliums auf. Damit aber doch diese Strenge den Gläubigern, welche dabey ausser Schuld waren, nicht zum Nachtheil gereichen möchte, so verordnete der Prätor in seinem Edict, daß die actio de peculio nach aufgehobener Gewalt noch ein Jahr wider den Vater oder Herrn, oder auch derselben Erben Statt haben sollte, wofern die Klage nicht ohnehin kürzer würde gedauert haben, wie z. B. die actio de peculio redhibitoria. Dieses Jahr ist ein annus utilis, welches nicht gerade von der Zeit an gerechnet wird, da die väterliche Gewalt aufhörte, sondern da die Klage ohne rechtliches Hinderniß angestellt werden konnte. Es sind hierüber folgende Gesetze merkwürdig.

L. 1. pr. D. h. t. Praetor ait: *Post mortem eius, qui in alterius potestate fuerit, posteave, quam is emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit, duntaxat de peculio, et si quid dolo malo eius, in cuius potestate est, factum erit, quominus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo.*

§. 1. Quamdiu servus vel filius in potestate est, *de peculio actio perpetua est*: post mortem autem eius, vel postquam emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit, *temporaria* esse incipit, id est, *annalis.*

§. 2. *Annus* autem *utilis* computabitur: et ideo si conditionalis sit obligatio, JULIANUS scripsit, ex eo computandum annum, non ex quo emancipatus est, *sed ex quo peti potuit*, conditione existente.

§. 3. Merito autem temporariam in hoc casu fecit Praetor actionem: nam cum morte vel alienatione extinguitur peculium, sufficiebat, usque ad annum produci obligationem.

§. 4. *Alienatio* autem et *manumissio* ad *servos* pertinet, non ad filios. *Mors* autem tam ad *servos*, quam ad *filios* refertur: *emancipatio* vero ad solum *filium.* Sed et si alio modo *sine emancipatione* [35]) desierit esse in potestate, annalis erit actio. Sed et si *morte patris,*

35) Zu Ulpians Zeiten gehörte hierher der Fall, wenn der Sohn flamen dialis wurde. Denn hierdurch wurde er ohne Capitisdeminution aus der väterlichen Gewalt befreit. S. ULPIANI *Fragm. Tit. 10. §. ult.* und GELLIUS *Lib. I. Noct. Atticar.* cap. 12.

tris, vel *deportatione* sui iuris fuerit filius, de peculio intra annum *heres patris* vel *fiscus* [36]) tenebuntur.

L. 2. *D. h. t.* Cum post mortem filiifamilias annua adversus patrem actio est, quemadmodum adversus eum esset perpetua vivo filio: ideo, si *ex causa redhibitionis* erat de peculio actio, *sex mensium* erit post mortem filii. Idemque dicendum in *omnibus temporalibus actionibus.*

Ist die actio de peculio heut zu Tage vielleicht nicht so häufig [37]), als sie bey den Römern war, so ist doch kein Grund vorhanden, die heutige Anwendbarkeit derselben überhaupt zu bezweifeln [38]), und in so fern kann denn auch noch von diesem Titel Gebrauch gemacht werden [39]).

36) Wenn nämlich das Vermögen des Vaters wegen eines Verbrechens desselben confiscirt worden war, so ging das Pekulium mit auf den Fiskus über. Zog aber der Fiskus das Vermögen wegen einer Schuldforderung ein, so verblieb dem Sohn das peculium. *L.* 3. §. 4. D. *de minorib.* S. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XXXIX. not. c.

37) SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exerc. XXVII. §. 85. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XV. Tit. I. Qu. 16. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1154.

38) Anderer Meinung sind *Io. Wilb.* MARCKART Exercitation. academ. Exercit. VII. §. 1. und CARRACH Diss. de different. iur. Rom. et Germ. in peculio filiorfam. §. 16.

39) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. I.

Lib. XV. Tit. III.

De in rem verso.

§. 914.

Natur und Grund der actio de in rem verso.

Zuweilen haftet dennoch der Familienvater aus den Contracten seines Sohns oder Sklaven, wenn er auch kein Pekulium dazu gegeben, oder solches seinem Sohne oder Sklaven wieder genommen hat, oder das Pekulium durch den Tod desselben erloschen, und auch das Jahr, binnen welchem die actio de peculio hätte angestellt werden können, verlaufen ist, oder das Pekulium zur Befriedigung des Gläubigers nicht zureicht, oder die actio de peculio ganz vergeblich war angestellet worden. Dieß ist der Fall, wenn der Gläubiger beweisen kann, daß durch das Geschäft des Beklagten Nutzen befördert worden sey, welches er mit desselben Sohne oder Sklaven geschlossen hat. Hier hat die *actio de in rem verso* Statt, welche jene Schranken der actio de peculio nicht kennt, sondern blos auf den Grundsatz der natürlichen Billigkeit gebauet ist, daß sich Niemand mit des Andern Schaden bereichere, und so lange Statt findet, als die versio in rem von dem Beklagten nicht vergütet worden ist. So erklärt sich über die Natur und den Nutzen dieser Klage Ulpian, wenn er *L.* 1 *D. h. t.* sagt: Si hi, qui in potestate aliena sunt, nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen: teneantur, qui eos habent in potestate, *si in rem eorum,*

quod

quod acceptum eſt, *converſum ſit*; quaſi cum ipſis potius contractum videatur. Nec videtur fruſtra *de in rem verſo actio* promiſſa, quaſi ſufficeret *de peculio*. Rectiſſime enim LABEO dicit, fieri poſſe, ut et *in rem verſum* ſit, et ceſſet *de peculio actio*. Quid enim, ſi dominus peculium ademit ſine dolo malo? Quid, ſi morte ſervi extinctum eſt peculium, et annus utilis praeteriit? *De in rem verſo namque actio perpetua eſt*, et locum habet, ſive ademit ſine dolo malo, ſive actio de peculio anno finita eſt. — Certe ſi praeventum ſit ab aliquo, et actum de peculio, de in rem verſo actio an ceſſet, videndum? Et refert POMPONIUS, *Iulianum* exiſtimare, de peculio actione perimi de in rem verſo actionem: quia in peculium converſum eſt, quod in domini rem erat verſum; et pro ſervo ſolutum eſt, quemadmodum ſi ipſi ſervo a domino fuiſſet ſolutum. Sed ita demum, *ſi praeſtiterit ex actione de peculio dominus*, *quod ſervus in rem eius verterat*: ſi non praeſtiterit, *manet actio de in rem verſo*. — *L*. 10. §. 7. *D*. *eodem*. Nam, ut POMPONIUS ſcribit, adverſus lucrum domini videtur ſubventum.

§. 915.

Erforderniſſe der actio de in rem verſo.

Die *actio de in rem verſo* findet der Regel nach in den Fällen Statt, wo ein Bevollmächtigter die actio mandati, oder ein Geſchäftsverweſer die actio negotiorum geſtorum anſtellen kann. Dies iſt der Grundſatz, von welchem wir hier mit Ulpian ausgehen müſſen, wenn er *L*. 3. §. 2. *D*. *h*. *t*. ſagt: Et regulariter dicimus, totiens *de in rem verſo* eſſe *actionem*, quibus caſibus procura-

curator *mandati*, vel qui negotia gessit, *negotiorum gestorum* haberet *actionem*. Nach der Analogie dieser Klagen wird also erfordert 1) daß ein Geschäft des Beklagten, und zwar 2) direct zu desselben Nutzen, und 3) in der Absicht, den Beklagten dadurch verbindlich zu machen, müsse besorgt worden seyn [40]). Es ergeben sich hieraus folgende Wahrheiten.

I) Hat ein noch unter väterlicher Gewalt stehender Sohn einen Contract geschlossen, durch dessen Gegenstand der Vater zwar wirklich bereichet worden ist; er hat ihn aber nicht für den Vater, um ein Geschäft desselben zu besorgen, sondern für sich, um seines Pekuliums willen, geschlossen, so ist die actio de in rem verso nicht zuläßig, sondern es muß die actio de peculio angestellet werden, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 5. §. ult. D. h. t. Placet, non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. Hoc autem toties verum est, *quoties servus rem domini gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus.*

L. 7. §. 2. D. eodem. Illud verum non [41]) est, quod MELA scribit, si servo meo argentum dederis, ut

40) S. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. II. pag. 431.

41) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. glaubt, Mela habe Recht, und Ulpian könne unmöglich desselben Meinung verworffen haben. Man müsse also das NON als überflüßig ausstreichen. Denn da der Sklave die Becher nicht gerade aus eben dem Silber, was ihm dazu von dem Besteller derselben war gegeben worden, sondern nach seinem Belieben auch aus jedem andern Silber habe verfertigen sollen, so sey sein Herr Eigen=

ut pocula tibi faceret *ex quolibet argento* [42]), mox, factis poculis, servus decesserit, esse tibi adversus me *de*

Eigenthümer derselben geworden, und ihm stehe deshalb mit Recht die Reivindication zu. Der Besteller der Becher hingegen sey, wegen des dazu gegebenen Silbers, nur als ein Gläubiger des Sklaven anzusehen; *L. 27. §. 2. D. de auro et argento leg.* folglich stehe ihm nur eine persönliche Klage gegen den Herrn desselben zu. Dies könne aber keine andere, als die *actio de in rem verso* seyn, weil ja der Herr durch das seinem Sklaven gegebene Silber bereichert sey, als welches zu den Bechern verwendet worden, wovon der Herr das Eigenthum erworben hat. So passe nun auch der Grund vollkommen: *quoniam possum pocula vindicare.* Denn der Schluß sey vollkommen richtig: weil aus deinem Silber meine Becher gemacht sind, so ist dein Silber in meinen Nutzen verwendet worden. Allein dem allen ungeachtet hat dennoch Ulpian die Meinung des Mela mit Recht verworffen. Denn offenbar hatte ja hier der Sklave kein Geschäft für seinen Herrn geschlossen, sondern für sich selbst gehandelt. Das Geschäft war also ein bloßes negotium peculiare. Er nützte dadurch seinem Herrn nur Folgeweise. Durch eine solche blos mittelbar geschehene Verwendung aber wird die actio de in rem verso nicht begründet. S. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. III. not. a. p. 332. und Thibaut Syst. des P. R. 1. Th. §. 374.

42) Die Worte *ex quolibet argento* scheinen den Auslegern Schwierigkeit zu machen. Man sehe HAUBOLD Diss. de Fabio Mela ICto §. 9. Hier wird eine doppelte Erklärung in Vorschlag gebracht. Die eine wird auf die Gewohnheit der Römer gegründet, welche ihre Gefäße nicht aus reinem Silber, sondern aus einer vermischten Masse zu verfertigen pflegten. Die andere besteht darin, daß dem Sklaven überlassen worden sey, die Becher auch aus jedem andern, als dem ihm dazu gegebenen Silber, zu verfertigen. Die letzte Erklärung verdient allerdings den Vorzug. Denn wäre ausbedungen worden,

de in rem verso actionem, quoniam possum pocula vindicare [43]).

L. 7. §. 4. D. h. t. Idem (sc. LABEO) ait, et si hereditatem a servo tuo emero, quae ad te pertinebat, et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, *ex emto actione* me id ipsum consecuturum; videri enim in rem tuam versum [44]): nam et si hereditatem a servo emero, ut, quod mihi ab ipso servo debebatur, compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex emto, quod ad

den, daß die Becher aus dem gegebenen Silber gemacht werden sollten, so wäre der Besteller derselben Eigenthümer des Silbers geblieben, und die daraus verfertigten Becher wären sein Eigenthum geworden. Allein nach dem mit dem Sklaven geschlossenen Vertrage war das Silber an denselben veräussert, darum waren die daraus gemachten Becher Eigenthum des Herrn geworden, und er konnte sie also, als zum Pekulium des Sklaven gehörig, vindiciren. Es läßt sich also wohl nicht behaupten, daß die Worte: *ex quolibet argento*, als ganz überflüßig, hätten wegbleiben können.

43) Einige wollen diese letzten Worte so verstehen, als ob die actio de in rem verso darum unzuläßig sey, weil dem Besteller der Becher die rei vindicatio zustehe. Allein gegen diese Erklärung hat schon Anton Faber a. a. O. sehr gründlich erinnert, daß es alsdann hätte heißen müssen: *quoniam potes pocula vindicare.* Hoc vero falsissimum est, fügt er mit Recht hinzu, posse te pocula vindicare, quae ex argento tuo servus meus fecerit, si argentum tuum ei sic dederas, ut ex quolibet argento pocula tibi faceret. Mea namque sunt, non tua.

44) Der Grund des Labeo war, weil der Herr dadurch reicher geworden war, daß ihn der Käufer der Erbschaft von den erbschaftlichen Schulden frey gemacht hatte.

ad dominum pervenit [45]). Ego autem non puto, *de in rem verſo* eſſe *actionem* emtori, *niſi hoc animo geſſerit ſervus, ut in rem domini verteret* [46]).

L. 3. §. 5. *D. eodem.* Idem LABEO ait: ſi ſervus mutuatus nummos a me, alii eos crediderit, *de in rem verſo dominum* teneri, quod nomen ei adquiſitum eſt. Quam ſententiam POMPONIUS ita probat, *ſi non peculiare nomen fecit, ſed quaſi dominicae rationis:* ex qua cauſa hactenus erit dominus obligatus, ut, ſi non putat, ſibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus, procuratoremque eum faciat [47]).

L. 3.

45) Bis hierher hat Ulpian bloß die Meinung des Labeo vorgetragen, welche er in den folgenden Worten berichtiget.

46) D. i. die actio de in rem verſo würde nur dann Statt haben, wenn der Sklave die Erbſchaft, als ſeinem Herrn gehörig, verkauft hätte, in der Meinung, ein Geſchäft deſſelben zu beſorgen. S. POTHIER Pand. Iuſtin. h. t. Nr. III. not. d.

47) Wenn alſo der Sklave das Geld geborgt hatte, um es wieder an einen Andern auszuleihen; ſo kam es nach der Meinung des Pomponius darauf an, ob er dieſes für ſeinen Herrn that, um ihm dadurch einen Schuldner zu verſchaffen, oder ob er bloß für ſich handelte, um ein nomen peculiare zu haben. Im leztern Falle findet die *actio de in rem verſo* nicht ſtatt. Zwar iſt der Herr dadurch bereichert worden, daß der Sklave durch das unternommene Geldgeſchäft ſein Pekulium vermehrt hat. Allein dieſes begründet nur die *actio de peculio.* In dem erſten Falle hingegen iſt die *actio de in rem verſo* zwar an ſich keinem Zweifel unterworffen. Da jedoch der Herr dem Gläubiger, der ſeinem Sklaven das Geld geliehen hat, mit der *actio de in rem verſo* blos darum haftet, weil der Sklave das Geld wieder für den Herrn ausgeliehen, und

L. 3. §. 7. *D. de peculio.* Cui congruit, quod JULIANUS ſcribit: Si a filio meo fideiuſſorem accepero, quidquid a fideiuſſore accepero, id me non *de in rem verſo*, ſed *de peculio actione* mandati praeſtaturum [48]. Idem accipias et in ſervi fideiuſſore. Idemque ſi alius mihi pro filio meo debitore ſolviſſet.

Iſt es zweifelhaft, ob der Sohn ein Geſchäft für ſeinen Vater oder für ſich ſelbſt, um ſeines Pekuliums willen, geſchloſſen habe; z. B. er nahm Geld auf, und bezahlte

und ihm dadurch eine Schuldforderung erworben hat; ſo kann er die Klage dadurch abwenden, wenn er dem Gläubiger ſeine Forderuug cedirt, inſofern ihm nämlich damit nichts gedient iſt, einen Schuldner zu haben, von dem vielleicht künftig das Geld nur durch einen verdrießlichen Proceß einmal wieder zu erhalten wäre. Nach Recht und Billigkeit kann der Gläubiger weiter nichts verlangen. In omnibus enim, ſagt Scävola *L.* 51. *in fin. D. de peculio*, quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro iuſta praeſtatione eſt. S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad *L.* 3. §. 5. *D. h. t.* pag. 246.

48) Denn wenn gleich das Geld, was mir der Bürge meines Sohns dem Auftrage deſſelben zu Folge bezahlt hat, in meine Hände gekommen iſt; ſo hat doch mein Sohn, wenn er mir einen Bürgen ſtellte, und dieſem den Auftrag gab, mich zu bezahlen, direct ſein eignes Geſchäft beſorgt. S. POTHIER Pandectae Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. IV. not. f. pag. 432. Klagt alſo der Bürge wegen ſeiner Entſchädigung, ſo kommt ihm zwar die actio mandati gegen meinen Sohn zu, welche auf das Ganze geht. Klagt er aber gegen mich, den Vater, ſo kann er nicht *actione de in rem verſo*, ſondern blos *actione de peculio* klagen. Eben ſo iſt es auch, wenn Jemand, ohne vorhergegangene Bürgſchaft, mir eine Forderung an meinen Sohn bezahlt hätte. S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 3. §. 7. D. de pecul.

zahlte damit einen Gläubiger, welchem ſowohl er ſelbſt, als ſein Vater ſchuldig war; ſo iſt im Zweifel anzunehmen, der Sohn habe in eigenem Namen gehandelt, und ſich vielmehr, als ſeinen Vater von ſeiner Schuld befreien wollen. Zwar nützt dieſe Befreiung auch Folgeweiſe dem Vater, weil er hierdurch von dem Anſpruche des Pekuliargläubigers ſeines Sohns befreyet wird. Allein dieſer Umſtand begründet noch keine *actio de in rem verſo* gegen den Vater, wenn nicht der Sohn direct zu deſſen Nutzen gehandelt hat. Dieſes würde z. B. dann der Fall ſeyn, wenn der Vater das Geld zur Bezahlung ſeiner Schuld von dem Sohne empfangen hätte, wie folgende Geſetzſtelle beſtätigt.

L. 10. §. 10. *D. h. t.* Idem (POMPONIUS) tractat, an ex eventu poſſit in rem patris filius vertere: veluti ſi duo rei, pater et filius fuerint [49]), et filius mutuatus *ſuo nomine* ſolvat: vel ſi filio iuſſu patris credidiſti, et filius creditum tibi ſolviſſet? Mihi videtur, *ſi quidem pecunia ad patrem pervenerat*, *videri in rem verſum*: quod *ſi non fuit*, *et* SUUM NEGOTIUM *gerens filius ſolvit*, *non eſſe de in rem verſo actionem.*

Hätte der Sohn das Geld auch zu einem andern Zweck aufgenommen, was er nachher zu Beſorgung eines Geſchäfts ſeines Vaters und zu deſſelben Nutzen verwendet hat, ſo iſt dennoch die actio de in rem verſo begründet. Ulpian ſagt *L.* 3. §. 1. *in fin. D. h. t.* Hoc enim iure utimur, ut etiam ſi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, eſſe *de in rem verſo actio* poſſit.

II. Eine

49) Es iſt nicht nöthig, mit *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. gerade correi debendi hier anzunehmen.

II. Eine *versio in rem* ist vorhanden, wenn durch das von dem Sohn geschlossene Geschäft entweder das Vermögen des Vaters vermehrt, oder demselben dadurch pflichtmäßige Ausgaben erspart worden sind [50]). Dahin gehört z. B. wenn der Sohn Geld aufnahm, um eine dringende Schuld seines Vaters damit zu bezahlen, oder um sich den nöthigen Unterhalt, und Kleidung zu verschaffen, oder um seiner Schwester oder Tochter ein Heyrathsgut zu bestellen, welches ihr der Vater zu geben schuldig war. Es sind hier folgende Gesetzstellen merkwürdig.

L. 3. §. 1. *D. h. t.* IN REM autem VERSUM videtur, sive id ipsum, quod servus accepit, in rem domini convertit (veluti si triticum acceperit, et id ipsum in familiam domini, cibariorum nomine, consumserit; aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit: sed et si erravit in solvendo, et putavit creditorem eum, qui non erat, aeque in rem versum esse, POMPONIUS ait, quatenus indebiti repetitionem dominus haberet) sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit, (veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam, vel si ad vestiendam).

§. 2. Et regulariter dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, — quotiens aliquid consumsit servus, *ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem.*

§. 3.

50) S. *Io. Iac.* ROESSING Diss. de versione in rem, et quidem eius natura, indole et effectibus secundum principia iuris civilis. *Goettingae 1799.*

§. 3. Proinde ſi ſervus ſumſit pecuniam, ut ſe aleret et veſtiret ſecundum conſuetudinem domini (id eſt, usque ad eum modum, quem dominus ei praeſtare conſueverat) in rem videri domini vertiſſe, LABEO ſcribit. Ergo idem erit et in filio.

L. 7. §. 5. *D. h. t.* Si filiusfamilias pecuniam mutuatus, pro filia ſua dotem dederit, *in rem verſum patris videtur, quatenus avus pro nepte daturus fuit.* Quae ſententia ita demum mihi vera videtur, *ſi hoc animo dedit, ut patris negotium gerens.*

L. 8. *D. eodem.* Et nihil intereſſe POMPONIUS ait, filiae ſuae nomine, an ſororis, vel neptis ex altero filio natae dederit. Idem ergo dicemus, et ſi ſervus mutuatus fuerit, et domini ſui filiae nomine in dotem dederit.

L. 9. D. eodem. Si vero pater dotem daturus non fuit, in rem patris verſum eſſe non videtur.

Zu den Fällen einer verſio in rem iſt auch noch der zu zählen, wenn der Sohn den Vater von einer Verbindlichkeit oder Klage befreit hat. Z. B. der Sohn hat für den Vater Bürgſchaft geleiſtet, und dem Gläubiger die Schuld bezahlt; oder der Sohn hat den Vater, als defenſor, vor Gericht vertreten, welche Beyſpiele Ulpian anführt *L.* 10. *pr. et* §. 1. *D. h. t.*

Hat der Sohn für den Vater ohne deſſen Geheiß eine Sache gekauft, ſo war ſie entweder dem Vater nöthig, oder blos nützlich. Im erſtern Falle haftet der Vater für den ganzen bedungenen Kaufpreiß mit der actio de in rem verſo, wenn auch der Sohn zu theuer gekauft hätte. In dem letztern Falle aber kommt es darauf

an,

an, was die Sache wirklich werth ist. Hat daher der Sohn die Sache zu theuer gekauft, so ist nur bis auf den wahren Werth derselben eine versio in rem patris vorhanden. Ist hingegen die Sache mehr werth, so wird nur der Kaufpreiß in Anschlag gebracht.

L. 5. pr. D. h. t. Si res domino non necessarias emerit servus, quasi domino necessarias, veluti servos: hactenus videri in rem eius versum, POMPONIUS scribit, quatenus servorum verum pretium facit: cum, si necessarias emisset, in solidum, quanto venissent, teneretur.

L. 12. D. eodem. Si fundum patri dominove emit servus vel filiusfamilias, versum quidem esse videtur: ita tamen, ut sive minoris sit, quam est emtus, tantum videatur in rem versum, quanti dignus sit; sive pluris sit, non plus videatur in rem versum, quam emtus est.

Unternahm der Sohn ein Geschäft zum Besten des Vaters, z. B. er kaufte nöthiges Getraide, oder nahm zur Bestreitung nothwendiger Haushaltungskosten, welche er dadurch dem Vater ersparte, Geld auf; so ist die actio de in rem verso begründet, wenn auch das, was der Gläubiger hergab, oder die dafür angeschafte Sache durch Zufall verunglückt, oder verdorben, oder verlohren gegangen wäre. Denn auch der Procurator, oder der negotiorum gestor würde durch einen solchen Zufall, welcher billig nur den Eigenthümer trifft, sein Klagerecht nicht verlieren.

L. 3. §. 7. D. h. t. Recte dicitur, et si frumentum comparavit ad alendam domini familiam, et in hor-

horreo dominico reposuit, et hoc periit, vel corruptum est, vel arsit, videri versum.

L. 3. §. 8. *eod.* Sed et si servum domino necessarium emisset, isque decessisset, vel insulam fulsisset, eaque ruisset, dicerem, esse de *in rem verso actionem.*

L. 17. *pr. D. eodem.* Servus *in rem domini* pecuniam mutuatus, *sine culpa* eam perdidit. Nihilominus posse cum domino de in rem verso agi, existimavi. Nam et si *procurator* meus in negotia impensurus pecuniam mutuatus, *sine culpa* eam perdiderat, recte eum hoc nomine *mandati*, vel *negotiorum gestorum* acturum.

III. Nicht immer wird durch wirkliche Verwendung der Sache die actio de in rem verso gegen den Vater begründet, wenn nicht der Sohn auch die Absicht hatte, seinen Vater verbindlich zu machen. Z. B. der Sohn nimmt Geld auf, oder er kauft Etwas, um seinem Vater damit ein Geschenk zu machen. Hier fällt nach Ulpian *L.* 7. *pr. D. h. t.* die actio de in rem verso weg[51]). Ein Anders wäre, wenn der Sohn das Geld aufgenommen hätte, um damit eine-Schuld des Vaters, jedoch ohne sich denselben verbindlich zu machen (donandi animo), zu bezahlen. Hier ist die actio de in rem verso allerdings begrün-

51) Unrichtig setzt hier *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. den Grund der Entscheidung darin, *quia donatio rei peculiaris a servo collata, nihil addit iuri dominii, quod habebat dominus in rebus omnibus peculiaribus ante donationem, nisi quod facit, ut peculiaris esse desinat, qualis antea erat.* Man sehe vielmehr POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XII. und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. in fin.

begründet. Denn der Vater ist hierdurch von einer Schuld befreiet, und also unstreitig reicher geworden [52]). So hängen folgende Gesetzstellen zusammen.

L. 7. pr. et §. 1. D. h. t. Et ideo, *et si donaverit servus domino rem peculiarem*, actio *de in rem verso* cessabit. Et sunt ista vera. — Plane si mutuum servus acceperit, et *donandi animo* solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, *de in rem verso actio est.*

L. 10. §. 2. D. eodem. Idem tractat PAPINIANUS, et si, quod patrem dare oporteret, a filio sim stipulatus, et ita convenerim filium: nam et hic *de in rem verso* fore actionem; *nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat* [53]).

§. 916.

Fälle, wo die actio de in rem verso in der Regel wegfällt.

Die actio de in rem verso findet nach den vorausgeschickten Grundsätzen nicht Statt, I) wenn das, was für den Beklagten verwendet worden, mehr auf einen überflüssigen Aufwand und Ueppigkeit hinausläuft, als daß es ihm zum Nutzen gereicht. Denn auch der Prokurator kann solcher Auslagen wegen keinen Ersatz fordern. Der Gläubiger kann sich hier blos an das halten, was mit seinem Gelde angeschaft worden, sofern es ohne Schaden einer andern Hauptsache, welche etwa dadurch hat verzieret werden sollen, weggenommen, und getrennt werden kann. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn ein solcher Aufwand mit

52) *L. 66. in fin. D. de solut.*

53) Man sehe über diese Stelle SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVII. §. 95. et 96.

mit Willen des Beklagten gemacht worden ist, oder Schicklichkeit und Anstand diese Kosten erforderten, oder der Beklagte mit dergleichen Waaren zu handeln, oder derselbe sonst einen solchen Aufwand zu machen pflegte, wozu der Kläger das Geld hergeschossen hat [54]). Nur wird in diesem letzten Falle erfordert, daß nicht mehr aufgewendet worden sey, als derjenige, für den der Aufwand gemacht worden, selbst dazu herzugeben pflegte, wie folgende Gesetzstellen lehren.

L. 3. §. 4. *D. h. t.* Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis [55]), et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur versum; quia nec procurator haec imputaret: nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit. Nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset. Quid ergo est? Pati debet dominus, creditorem haec auferre, sine domus suae videlicet iniuria: ne cogendus sit dominus vendere domum, ut, quanti pretiosior facta est, id praestet [56]).

54) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

55) Was *Tectoria* sind, ist im 9. Th. §. 635. S. 246. Not. 91 erklärt worden.

56) Hätte jedoch die Sache durch die Verzierungen einen höhern Werth erhalten, und sich dazu ein Liebhaber gefunden, der eben deswegen mehr für die Sache zahlen will; so würde allerdings eine versio in rem vorhanden seyn; und der Gläubiger wenigstens Ersatz dessen fordern können, was der Käufer jetzt mehr für die Sache bezahlt hat, als er sonst gegeben haben würde.

L. 3. §. 6. *D. eodem.* Necnon illud quoque in rem domini versum, LABEO ait, quod mutuatus servus, *domino emit volenti ad luxuriae materiam*, unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumtus subministravit: *neque enim spectamus, an bono domini cesserit, quod consumtum est, sed an in negotium domini.*

L. 7. §. 3. *D. eod.* Illud plane verum est, quod LABEO scribit, si odores et unguenta servus emerit, et ad funus erogaverit, quod ad dominum suum pertinebat; videri in rem domini versum.

L. 10. *D. de impensis in res dotal. fact.* — si hae res, in quibus impensae factae sunt, *promercales* fuerint: tales impensae non *voluptuariae*, sed *utiles* sunt.

II) Wenn der Vater dem Sohne das Geld zur Abfindung des Gläubigers gegeben hat, so findet die actio de in rem verso nicht weiter Statt, gesetzt auch, daß der Sohn das Geld verschleudert hätte, wenn nur der Vater dabey ohne Arglist handelte. Der Gläubiger muß sich deshalb an den Sohn halten, welcher immer der Hauptschuldner bleibt. Dem Vater hingegen kann um so weniger zugemuthet werden, das, was der Sohn für ihn verwendet hatte, noch einmal zu bezahlen, da der Sohn sein nächster Gläubiger war, mithin auch durch Bezahlung desselben von seiner Schuld befreiet wurde [57]). Die actio de in rem verso ist nicht einmal dann weiter zuläßig, wenn auch der Vater es wußte, daß man seinem Sohne kein Geld sicher anvertrauen könne, und er ihm dennoch das

57) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 10. §. 6. D. h. t.

das Geld, womit der Gläubiger befriediget werden sollte, zum Nachtheil desselben in die Hände gab. Indessen begründet doch diese Arglist des Vaters wenigstens die actio doli mali, wie Ulpian lehrt *L.* 10. §. 6. *D. h. t.* VERSUM autem sic accipimus, *ut duret versum*: et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum, vel filio. Si tamen *in necem creditoris*, id est, perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis [58]) solutum sit, *desinit quidem versum*: aequissimum autem est, *de dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem.*

III. Wenn der Sohn zwar das Geld namentlich zum Besten des Vaters aufnahm, aber es durch eigne Schuld nicht dazu verwandte, und also den Gläubiger hinterging; so haftet der Vater nicht, wenn auch der Sohn schon öfters für den Vater Geld aufgenommen, und es immer zweckmäßig verwendet hätte. Denn der Gläubiger darf hier nicht leichtgläubig seyn, sondern muß sich selbst um die Verwendung bekümmern. Sed si sic accepit, sagt Ulpian *L.* 3. §. 9. *D. h. t.* *quasi in rem domini verteret*, nec vertit, et decepit creditorem, *non videtur versum, nec tenetur dominus*: ne credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas servi noceret. Quid tamen, si is fuit servus, *qui solitus erat accipiens vertere*? adhuc non puto nocere domino, si alia mente servus accepit: aut si, cum hac mente accepisset, postea alio vertit. *Curiosus igitur debet esse creditor, quo vertatur.*

IV. Ist

58) Das Erlanger Pandecten Manuscript lieset hier richtiger, *quatenus* solutum sit.

IV. Ist das Geld nicht ganz zum Besten des Vaters verwendet worden, so kann nur gegen den Vater geklagt werden, so weit die Verwendung Statt fand. Si pars versa est, de parte erit actio, sagt Ulpian *L.* 10. §. 4. *D. h. t.* Dahingegen fällt

V. die Klage ganz weg, wenn der Gläubiger die angebliche Verwendung nicht beweisen kann [59]. Dieser Beweiß liegt jederzeit dem Kläger ob, weil hierin der factische Grund seiner Klage liegt [60]. Das bloße Geständniß des Sohns, wenn es auch in dem Schuldbekenntniß enthalten wäre, ist zu diesem Beweise nicht hinreichend. Denn ein solches Geständniß kann dem Vater zu keinem Nachtheil gereichen. Jedoch kann der Gläubiger den Sohn, welchem er das Geld zum Behuf einer nützlichen Verwendung für den Beklagten gab, wenigstens zur rechtlichen Vertretung auffordern [61].

§. 917.

Wem steht die Klage zu? gegen wen wird sie angestellt? und worauf geht sie? Actio de in rem verso utilis!

Die actio de in rem verso steht dem Gläubiger des Sohns zu, welcher dasjenige, was er mit dieser Klage fordert, zu einem Geschäft hergegeben hat, wodurch der Nutzen des Vaters befördert worden ist, und zwar hat nur

59) *L. 7. pr. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest.* S. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 1813.

60) *§. 5. I. Quod cum eo.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XX. Th. 74. not. β. Anderer Meinung ist PUFENDORF Observat. iur. univ. T. III. Obs. 143.

61) S. STRYK Us. mod. Pand. Lib. XII. Tit. I. §. 18.

nur der Hauptgläubiger, nicht aber der Bürge, diese Klage. Letzter kann sich blos der actio de peculio bedienen. Neratius sagt *L.* 18. *D. h. t.* Quamvis in eam rem pro ſervo meo *fideiuſſeris*, quae ita contracta eſt, *ut in rem meam verſaretur*; veluti, ſi cum ſervus frumentum emiſſet, quo familia aleretur, venditori frumenti fideiuſſeris: Propius eſt tamen, ut *de peculio* eo nomine, non *de in rem verſo* agere poſſis: ut unius duntaxat in quoquo contractu *de in rem verſo* ſit actio, *qui id ipſum credidit, quod in rem domini verſum eſt.* Haben zwey dem Sohn zu demselben Zweck creditirt, so können zwar beyde klagen; hat aber der Beklagte einen derselben befriediget, so hat der andere keine Klage mehr. Es tritt hier die Regel ein: *occupantis melior conditio eſt*, weil es unbillig seyn würde, wenn man den Vater verurtheilen wollte, das Nämliche zweymal zu bezahlen. Z. B. ein Sohn nimmt in der Abwesenheit seines Vaters namentlich Geld auf, um sich die nöthigen Kleider anzuschaffen. Er verliert aber das Geld ohne seine Schuld. Gleichwohl creditirt ihm der Kaufmann, ohneracht et er das Geld für die Kleider nicht bezahlte. Hier hat sowohl der Gläubiger, als der Kaufmann die actio de in rem verſo, wenn auch nachher die Kleider selbst verunglückt wären, weil beyde das Ihrige zum Nutzen des Vaters hergegeben haben. So entscheidet Ulpian *L.* 3. §. *ult. D. h. t.* Si mutuatus ſit pecuniam ſervus ad veſtem comparandam, et nummi perierint, quis de in rem verſo agere poſſit: utrum creditor, an venditor? Puto autem, ſi quidem pretium numeratum ſit, creditorem de in rem verſo acturum, etſi veſtis perierit. Si autem non fuit pretium ſolutum, ad hoc tamen data pecunia, ut veſtis eme-

emeretur, et pecunia perierit, veſtis tamen familiae diviſa eſt, utique creditorem de in rem verſo habere actionem An et venditor habeat, quia res eius pervenerunt in rem domini? Ratio hoc facit, ut teneatur. Unde incipit dominus teneri ex una cauſa duobus: proinde etſi tam pecunia, quam veſtis periit, dicendum erit, utrique dominum teneri, quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt. Allein Cajus *L. 4. D. eodem* beſtimmt dieſes näher dahin: Sed dicendum eſt, *occupantis meliorem conditionem eſſe debere:* nam, utrisque condemnari dominum de in rem verſo, iniquum eſt.

Die Klage wird gegen den Familienvater angeſtellt, zu deſſen Nutzen des Klägers Vorſchuß geſchehen iſt [62]), oder deſſelben Erben [63]), und geht auf Erſatz deſſen, was der Kläger aus dem mit des Beklagten Sohn geſchloſſenen Geſchäft zu fordern hat, ſo weit die Verwendung erweißlich iſt [64]); auf Zinſen aber anders nicht, als wenn ſie ausbedungen worden ſind [65]).

Da in den Geſetzen dieſes Titels überall bey dieſer Klage vorausgeſetzt wird, daß man mit einer in des Beklagten

62) *§. 4. I. Quod cum eo, qui in alien. pot. L. 1. pr. D. h. t.*

63) *L. 7. pr. Cod. Quod cum eo, qui in alien. pot.*

64) *L. 10. §. 4. D. h. t. §. 4. I. Quod cum eo.*

65) *L. 10. §. 5. D. h. t.* Sed utrum in ſortem duntaxat tenebitur dominus, an et *in uſuras?* Et ſi quidem promiſit uſuras, MARCELLUS Lib. 5. Digeſtorum ſcribit, dominum praeſtaturum: ſed ſi non ſint promiſſae, utique non debebuntur, quia in ſtipulatum deductae non ſunt. S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. und STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 4.

klagten Gewalt stehenden Person zum Nutzen desselben ein Geschäft geschlossen haben müsse; so entsteht die Frage, ob nicht die actio de in rem verso auch in dem Falle utiliter zu gebrauchen sey, wenn man zu des Beklagten Nutzen mit einer solchen Person contrahirt hat, welche nicht unter desselben Gewalt steht, z. B. mit des Beklagten Vormund, oder Bevollmächtigten, oder negotiorum gestor? In der Praxis ist die Bejahung dieser Frage gar keinem Zweifel unterworffen [66]). Man theilt daher die actio de in rem verso ein, in *directa* und *utilis*. Allein in der Theorie ist es streitig. Gerh. Noodt [67]) läugnet es schlechterdings, daß dasjenige, was bey Personen, welche unter der Gewalt eines Familienhaupts stehen, als ein besonderes Recht vom Prätor verordnet worden ist, auf gewaltfreie Personen, invito Praetore, ausgedehnt werden dürfe. Hat ein negotiorum gestor zum Nutzen des Eigenthümers, dessen Geschäften er sich unterzog, mit einem Dritten contrahirt, so sey zwar er selbst aus diesem Contract dem Dritten verbindlich geworden, aber den Geschäftsherrn habe er dem Dritten nicht verbindlich gemacht, wenn gleich das von dem letztern vorgeschossene Geld in des erstern Nutzen verwendet worden sey. Warum? weil er sich nicht in der Gewalt des Geschäftsherrn befindet. Daher gehe das Edict des Prätors nicht auf ihn. Allein dieser Meinung steht die *L.* 7. §. 1. *Cod. Quod. cum eo* offen-

66) MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XX. Th. 75. not. ξ. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1811. und Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1156.

67) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 349.

offenbar entgegen, wo gesagt wird: Alioquin, si *cum libero res eius agente*, cuius precibus meministi, *contractum habuisti*, et eius personam elegisti; pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi *vel in rem eius pecunia processit*, vel hunc contractum ratum habuit. Noodt wendet zwar dagegen ein, daß diese Stelle nicht von der actio de in rem verso, sondern von der actio utilis negotiorum gestorum zu verstehen sey. Allein dieser Einwand widerlegt sich dadurch, daß die letztere Klage von dem Geschäftsführer selbst angestellt wird; hier aber offenbar von dem Gläubiger die Rede ist, welcher mit dem negotiorum gestor contrahirt hat. Diesem wird hier in zwey Fällen eine Klage gegen den Geschäftsherrn gestattet, a) wenn das Geld zu dessen Nutzen verwendet worden, welches der Geschäftsführer für ihn aufgenommen hatte, und b) wenn der Geschäftsherr den Contract genehmiget hat. Es lehrt auch der ganze Zusammenhang mit den vorhergehenden Worten dieses Gesetzes, daß von der actio de in rem verso die Rede sey [68]). Geschieht nun also auch in den Gesetzen dieses Titels der Pandecten der actio utilis de in rem verso in jenem Sinn [69]) keine Erwäh-

68) S. *Hug.* DONELLUS Comment. ad h. L 7. Cod. Quod cum eo. nr. 2. pag. 155.

69) In der *L. 20. et 21. D. h. t.* ist zwar von einer actio de in rem verso utilis die Rede. Allein auch hier hatte die Tochter ein Geschäft ihres Vaters besorgt, indem sie das Geld zur Bestreitung der ihr von ihrem Vater versprochenen Kosten des Unterhalts von ihrem Ehemann borgte. Weil es jedoch noch zweifelhaft war, ob sie die Absicht gehabt habe, ein Geschäft des Vaters zu besorgen, und sich denselben verbindlich zu machen, und ob daher eine wahre versio in rem vorhanden sey, so wird nur

Erwähnung, so lehrt doch die angeführte Stelle aus dem Codex unwidersprechlich, daß man in der Folge die actio de in rem verso, die anfangs nur gegen den Vater und Herrn gestattet wurde, utiliter auch aus den Geschäften einer solchen Person, welche in des Beklagten Familien-Gewalt nicht ist, mit einem Dritten, so fern sie dem Beklagten erweißlich zum Nutzen gereichen, zugelassen habe [70]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß diese Klage auch gegen den Statt findet, der sich selbst willkührlich nicht verpflichten kann, weil hier die Verbindlichkeit ex re, d. i. ohne Einwilligung des Verpflichteten, aus der Billigkeit entspringt. Sie kann daher auch gegen Pupillen und Minderjährige angestellt werden, wenn der Kläger mit dem Vormunde zum Nutzen derselben contrahirt hat [71]).

L. 3. *Cod. Quando ex facto tutor.* Si *in rem minoris* pecunia profecta sit, quae curatori vel tutori eius, nomine minoris, mutuo data est, merito *personalis* in eundem minorem *actio* danda est.

Ganz irrig hingegen ist es, wenn Leyser [72]) behauptet, die actio de in rem verso, welche an sich eine bloße Perso-

nur eine actio utilis gestattet, welche überhaupt alsdann Statt findet, wenn es zweifelhaft ist, ob die actio directa zuläßig sey. *L.* 21. *D. de praescript. verbis.* S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 20. pr. D. h. t. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. VIII. not. b. u. *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. pag. 576. sqq.

70) S. KIND Quaest. for. Tom. I. cep. 35. und THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 373.

71) *L.* 20. *§.* 1. *D. h. t.* S. MÜLLER ad *Struvium* Ex. XX. Th. 75. not. *α*.

72) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXVII. medit. 1.

Personalklage ist, nehme die Natur eine Realklage an, wenn die Sache oder das Geld des Klägers auf die Erhaltung oder Verbesserung einer fremden Sache dergestalt verwendet worden sey, daß der Nutzen mit der Sache auf jeden Besitzer derselben übergeht. Denn hier sey die Forderung des Klägers mit einer stillschweigenden Hypothek versehen. Der Ungrund dieser Meinung ergiebt sich schon daraus, weil durch die bloße Verwendung an sich die actio de in rem verso nicht begründet wird, wenn sie nicht in der Absicht geschehen ist, ein Geschäft des Beklagten dadurch zu besorgen [73]). Wie kann also daraus eine causa civilis entstehen, einen Dritten zu verpflichten, der die Sache, wegen welcher die Verwendung geschahe, besitzt? Sodann aber beweisen selbst die vom Leyser angeführten Gesetzstellen [74]), daß der Gläubiger sein Geld namentlich zur Erhaltung der Sache des Schuldners creditirt haben müsse, wenn ihm deshalb eine Hypothek zustehen soll. Mit Recht ist daher diese Meinung schon von andern [75]) verworffen worden, wenn ihr gleich Hellfeld seinen Beyfall giebt.

73) *L. 5. §. 3. L. 7. §. 5. D. h. t. L. 13. Cod. Si certum petat.*

74) *L. 5. et 6. D. Qui potiores in pign.*

75) S. *Ge. Lud.* BOEHMER Electa iuris civ. Tom. I. Exerc. XII. §. 18. Webers Versuche über das Civilrecht S. 188. §. 18. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum.* Tom. II. Fasc. I. Observat. 355. und *Io. Iac.* ROESSING Diss. cit. de versione in rem. §. 13. not. 1.

Lib. XV. Tit. IV.

Quod iussu.

§. 919.

Begriff und Natur der *actio quod iussu.*

Ohne alle Rücksicht auf ein Pekulium, oder auf nützliche Verwendung haftet der Vater aus dem Contract seines Sohns alsdann, wenn er ihm den Befehl gab, das Geschäft zu schließen, aus welchem er belangt wird. Die Klage, welche in diesem Falle der Prätor gegen den Vater giebt, heißt *actio quod iussu*, oder auch *de iussu* 76), und gewährt den Vortheil, daß sie immer auf das Ganze geht, der Sohn mag das, was er aus dem mit dem Dritten geschlossenen Geschäft erhielt, nützlich verwendet haben, oder nicht; denn der Gläubiger traut hier blos dem Vater.

L. 1. D. h. t. Merito ex iussu domini *in solidum* adversus eum iudicium datur. Nam quodammodo cum eo contrahitur, qui iubet.

L. 2. §. 1. D. eodem. Si iussu domini ancillae, vel *iussu patris* filiae creditum sit, danda est in eos *quod iussu actio.*

§. 1.

76) *L. ult. D. h. t.*

§. 1. *I. Quod cum eo, qui in alien. potest.* Si iussu domini cum servo negotium erit, *in solidum* Praetor adversus dominum actionem pollicetur: scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

L. 5. Cod. ad SCtum Macedon. Sane si *iussu patris* datum mutuum probetur: *nec in quos usus versa sit pecunia disquiri necesse est*, sed perpetua in patrem etiam mortuo filio est actio.

Die *actio quod iussu* setzt also voraus, I) daß ein Familienvater einer unter seiner Gewalt stehenden Person, also seinem Sohne, oder Tochter, oder welches bey den Römern ein noch gewöhnlicher Fall war, seinem Sklaven, ohne Unterschied des Geschlechts einen Befehl gegeben habe, mit einem Dritten einen Contract zu schließen. Befehl heißt hier der Wille, den ein Familienvater solchen Personen zu erkennen giebt, die unter seiner Gewalt stehen, daß sie etwas thun sollen. Ein solcher *iussus* ist also von einem Auftrage (*mandatum*) wohl zu unterscheiden, denn diesen ertheilt man solchen Personen, die nicht in unserer Gewalt sind. Ob übrigens der Befehl mündlich oder schriftlich, vor Zeugen (testato) oder unter vier Augen, gegenwärtig, oder unter Abwesenden durch einen Boten ertheilt wird, ist gleichviel. Er kann auch entweder nur auf eine einzelne Handlung sich beziehen, oder allgemein ertheilet seyn. Auch stillschweigend kann der Befehl ertheilt werden, wenn der Vater den Schuldschein seines Sohns mit unterschreibt. Es ist auch nicht nöthig, daß der Befehl dem Geschäft immer vorausgehen müsse. Eine nachher erfolgte Genehmigung hat dieselbe Kraft, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 1. §. 1. *D. h. t.* Iussum autem accipiendum est, sive *testato* quis, sive *per epistolam*, sive *verbis*, aut per *nuncium*, sive *specialiter* in uno contractu iusserit, sive *generaliter*.

§. 4. *eiusd. L.* Sed et si servi chirographo subscripserit dominus, tenetur *quod iussu*.

§. 6. Si *ratum habuerit* quis, quod servus eius gesserit, vel filius, *quod iussu actio* in eos datur.

Noch ist zu bemerken, daß die actio quod iussu Statt findet, wenn auch der Befehl nicht von dem Paterfamilias selbst, sondern von dessen Curator oder Procurator ertheilt worden ist. Es muß nur ein wahrer Bevollmächtigter seyn.

L. 1. §. 9. *D. h. t.* Si curatore adolescentis vel furiosi vel prodigi iubente, cum servo contractum sit, putat LABEO dandam quod iussu actionem in eos, quorum servus fuerit. Idem et in vero procuratore. Sed si procurator verus non sit, in ipsum potius dandam actionem, idem LABEO ait.

II. Der Contract muß in Betreff der eigenen Angelegenheiten des Sohns von demselben geschlossen worden seyn[77]). Betrifft das Geschäft den Vater unmittelbar, so findet nicht die actio quod iussu, sondern die actio ex contractu ohne Beysatz statt.

L. 5. *pr. D. h. t.* Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus, iusserit servo filiove numerari, nulla

77) S. BÖHMER Doct de actionib. Sect.II. Cap.X. §.10. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1410. und Thibaut System des Pand. Rechts. 1. Th. §. 372.

nulla quaestio est, quin ipsi condici possit. *Immo hoc casu de iussu actio non competit.*

L. 4. *Cod. Quod cum eo.* Si *ex contractu patris* iussu eius mutuam pecuniam accepisti, teque eius hereditate abstines, frustra vereris, ne a creditoribus eius conveniaris.

L. 13. *Cod. eodem.* Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur *Quod iussu*, si certam numerari praeceperint servo actorive pecuniam.

III. Der Contract muß dem Befehl gemäß geschlossen worden seyn. Hat der Sohn den Befehl überschritten, so haftet der Vater weiter nicht, als soweit sein Befehl reicht. Jedoch kann in diesem Falle zuweilen die actio de peculio oder de in rem verso statt finden [78]).

L. 3. *D. h. t.* Dominum, qui iussit semissibus usuris servo suo pecuniam mutuam credi, *hactenus teneri, quatenus iussit:* nec pignoris obligationem locum habere in his praediis, quae servus non ex voluntate domini obligavit.

IV. Der Befehl muß nicht vor Abschließung des Geschäfts wieder zurückgenommen worden seyn. Es versteht sich jedoch, daß dem Sohn von dem geschehenen Widerrufe in Zeiten Nachricht gegeben worden sey [79]).

L. 1. §. 2. *D. h. t.* Sed ego quaero, an revocare hoc iussum, antequam credatur, possit? *Et puto posse:* quemadmodum si mandasset, et postea ante contractum

78) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

79) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXVIII. medit. 4.

ctum contraria voluntate mandatum revocasset, et me certiorasset.

Stirbt der Vater vor der Vollziehung des dem Sohne ertheilten Befehls, oder er kommt durch Arrogation in eines andern Gewalt, so erlischt der ertheilte Befehl ebenfalls [80]).

Nach diesen Voraussetzungen ist nun also die *actio quod iussu* diejenige prätorische Personalklage, welche derjenige, der, dem Befehl des Beklagten gemäß, mit einer unter desselben Gewalt stehenden Person, in Betreff der eigenen Angelegenheiten der letztern, ein Geschäft geschlossen hat, wider den Vater oder Herrn auf gänzliche Leistung desjenigen anstellt, was der Kläger aus dem geschlossenen Contract zu fordern hat.

Hat der Vater nicht selbst dem Sohne befohlen, eine Verbindlichkeit zu contrahiren, sondern einem Dritten den Auftrag gegeben, mit seinem Sohne ein Geschäft zu schliessen, so hat wider den Vater nicht die actio quod iussu, sondern die *actio mandati contraria* statt [81]).

Daß auch der Sohn selbst aus dem Contract, den er dem Befehl seines Vaters zu Folge, in Betreff seiner eigenen Angelegenheiten, mit einem Dritten geschlossen hat, belangt werden könne, hat keinen Zweifel [82]).

Viele

80) *L. 50. L. 25. §. 14. et 15. D. de acquir. vel omitt. heredit.* S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9.

81) *L. 8. Cod. Mandati.* BÖHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 2. in fine, und Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 1415.

82) *L. 3. §. 4. D. de minorib.* S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 8. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

Viele wollen behaupten, daß die actio quod iussu, als actio adjectitiae qualitatis, heutzutage ganz wegfalle, und statt derselben die directe Contractsklage geradezu gegen den Vater anzustellen sey. Nicht nur Hellfeld, sondern auch Westenberg [83]), Schaumburg [84]), Dreßel [85]), Hofacker [86]), und mehrere andere sind dieser Meinung. Man beruft sich auf den §. 8 *I. Quod cum eo*, wo es heißt: Illud in summa admonendi sumus, id *quod iussu patris, dominive contractum fuerit*, quodque in rem eius versum erit, DIRECTO *quoque posse a patre dominove* CONDICI, *tanquam si* PRINCIPALITER *cum ipso negotium gestum esset.* Allein es fällt in die Augen, daß hier mit keinem Worte gesagt werde, die actio quod iussu falle, als unnütz, hinweg, sondern es heißt nur, man könne auch gleich direct gegen den Vater klagen, als ob man mit ihm selbst contrahirt hätte. Daß nun aber hierdurch der Gebrauch der *actio quod iussu* nicht aufgehoben werde, hat Schilter [87]) sehr einleuchtend gezeigt. Gesetzt, sagt er, der Gläubiger klagte gleich actione principali ex contractu gegen den Vater; so wird ihm dieser entgegen setzen, ich habe nicht mit dir contrahirt, der Schuldschein lautet nicht auf mich, sondern auf meinen Sohn, halt dich an diesen, gegen mich kannst du nicht klagen. Um dieser Einrede zu begegnen, wird nun natürlich der

83) Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 7.

84) Compend. iuris Dig. h. t. §. 3.

85) Diss. de actionib. adiectitiar. qualitatum, earumque usu hod. Cap. II. §. 4.

86) Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1806. not. e.

87) Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 101.

der Kläger repliciren müssen; der Contract sey auf des Beklagten Befehl geschlossen worden, und also für denselben eben so verbindlich, als ob mit ihm selbst sey contrahirt worden. Kommt man nun aber nicht auf solche Art am Ende wieder auf die actio quod iussu zurück? Es ist also doch wohl immer gescheider, gleich die actio quod iussu anzustellen, und sich darin zu gründen, daß der Contract auf des Beklagten Befehl mit seinem Sohn geschlossen worden sey, als durch jenen Umweg erst zum Ziele zu gelangen. Mit Recht sagt daher Lauterbach [88]), daß auch heut zu Tage die actio quod iussu von dem größten Nutzen sey, weil sie den Kläger des mißlichen Beweises einer versio in rem überhebt, und ihn zu seiner ganzen Forderung verhilft. Man wendet daher heut zu Tage diese Klage utiliter auch auf andere Personen an, welche zwar sui iuris sind, aber doch unter dem Befehl eines Andern stehen, z. B. wenn ein Unterthan auf Befehl seiner Obrigkeit, ein Soldat auf Befehl seines Capitains, oder eine Ehefrau auf Befehl ihres Ehemannes ein Geschäft schließt [89]).

Noch entsteht die Frage, ob die actio quod iussu auch dann Statt finde, wenn der Vater sich für den Sohn verbürgt hat? Ulpian wirft diese Frage *L.* 1. §. 5. *D. h. t.*

88) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. Man sehe auch Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 372. a. E.

89) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 1. et 2. MÜLLER ad *Struvium* Ex. XX. Th. 77. not. *α*. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. et EIUSD. Eunom. Rom. ad L. 1. D. h. t. pag. 579. sq. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. pag 578. und Thibaut Syst. des P. R. 1. Band §. 372.

h. t. auf, und entscheidet sie verneinend. Quid ergo, sagt er, si *fideiusserit* pro servo? ait MARCELLUS, *non teneri quod iussu*: quasi extraneus enim intervenit. Neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis; sed quia aliud est *iubere*. Denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari, quasi fideiusserit. Quae sententia verior est. Brunnemann [90]) und Stryk [91]) halten diese Entscheidung für eine bloße Subtilität, weil der Vater durch Uebernehmung einer Bürgschaft für seinen Sohn das von demselben geschlossene Geschäft genehmige, eine Genehmigung aber dem iussus gleichgeachtet werde. Es sey also, wenigstens heut zu Tage, keinem Zweifel unterworffen, daß aus einer für den Sohn geleisteten Bürgschaft der Vater so gut mit der actio quod iussu belangt werden könne, als wenn er durch seine Unterschrift den Contract des Sohns genehmiget hat. Allein mir scheint hierdurch der Entscheidungsgrund des Marcellus noch nicht entkräftet zu seyn, wie auch Schilter [92]) schon ganz richtig gegen Brunnemann erinnert hat. Denn offenbar ist fideiussio vom iussus sehr unterschieden [93]). Die Fidejussion ist ein Geschäft,

90) Comment. ad L. 1. in fin. D. h. t.

91) Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

92) Prax. iur. Rom. Exercit. XXVII. §. 102.

93) Wie wichtig der Unterschied zwischen iussus und fideiussio sey, zeigt auch Modestin *L. 25. D. ad SCtum Vellejan.* wo er sagt: Si domina servo suo credi *iusserit*, ACTIONE HONORARIA (i. e. quod iussu) tenebitur. Quod si pro eo *fideiusserit*, EXCEPTIONE SENATUSCONSULTI VELLEJANI, iudicio conventa, adversus creditorem tueri se poterit. S. *Henr.* BRENKMAN de Eurematicis Diatriba. Cap. 3. p. 49. sqq.

schäft, welches nicht zwischen dem Vater und Sohn, wie der iussus, sondern zwischen dem Vater und dem Gläubiger vorgeht, wie auch schon die bey der Fidejussion gebräuchlich gewesenen römischen Formeln beweisen. Der Gläubiger fragte nämlich: *Quantam pecuniam filio tuo credidero, fide tua esse iubes?* — oder *Si filius tuus quadraginta, quae ei credidi, non solverit, fide tua esse iubes?* Der Vater antwortete: *fide mea esse iubeo* [94]). Wie konnte hierdurch die *actio quod iussu* begründet werden? Gewiß eben so wenig als wenn der Vater dem Gläubiger geradezu den Auftrag gegeben hätte, seinem Sohn zu creditiren; sondern so wie in dem letztern Falle die *actio mandati*, so hatte im Falle einer für den Sohn geleisteten Bürgschaft die *actio ex stipulatu* Statt. Die Worte: *quod tenetur ex causa fideiussionis* zeigen dieses auch deutlich genug an. Denn da das Geschäft zwischen dem Vater und dem Gläubiger vorgeht, so kommt hier das Verhältniß zwischen Vater und Sohn in keine Betrachtung, und **Marcellus** sagt mit Recht, *pater* QUASI EXTRANEUS *intervenit*. Eben aus diesem Grunde erhellet aber auch, daß **Schilter** offenbar Unrecht hat, wenn er behauptet, der Vater hafte aus der Bürgschaft nur peculiotenus. Denn da hier der Vater wie ein extraneus betrachtet wird, so haftet er auch natürlich für die Schuld seines Sohnes in solidum. Die *actio de peculio* möchte allenfalls dann noch anzustellen seyn, wenn die Bürgschaft des Vaters vielleicht ungültig ist. Denn

95) *L. 47. §. ult. D. de fideiussor. L. 132. §. ult. D. de Verb. Obligat. L. 13. §. 9. D. de acceptilat. L. 16. §. ult. et L. 52. D. de fideiuss.* S. *Barn.* BRISSONIUS de Formulis et solemn. P. R. verbis Lib. VI. nr. CLXXXVIII.

Denn daß auch in diesem Falle die *actio quod iussu* nicht Platz greife, sagt **Marcell** ganz consequent. Nach dieser Ansicht muß denn also die Entscheidung dieses römischen Juristen auch noch heut zu Tage gelten [95]).

95) Mit mir stimmen überein MÜLLER ad *Struvium*. Exerc. XX. Th. 76. not. η. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1806. not. α.

Lib. XVI.

Lib. XVI. Tit. I.

Ad Senatusconsultum Vellejanum.

§. 920.

Geschichte des Vellejanischen Senatusconsults. Verschiedene Arten der Intercession.

Schon längst vor dem Vellejanischen Senatusconsult waren die Intercessionen der Frauenspersonen ungültig. Zwar ist es irrig, wenn Schilter [96]) behauptet, daß selbst nach dem Naturrechte weibliche Bürgschaften nicht bestehen könnten. Denn wer kann den Frauenspersonen mit Grund die natürlichen Anlagen und Fähigkeiten absprechen, welche das Vernunftrecht erfordert, um sich verbindlich zu machen? Es würde auch, wenn man annehmen wollte, die bürgerlichen Gesetze hätten hier die natürlichen nur blos bestätiget, gar nicht zu begreifen seyn, warum Frauenspersonen alle andere Rechtsgeschäfte und Verträge, welche nicht weniger Ueberlegung und Vorsicht erfordern, als die Intercessionen, dennoch gültig eingehen können [97]).

Allein

96) Prax. iuris Rom. Exerc. XXVIII. §. 1.

97) Man sehe *Io. Aug.* HELLFELD Diss. de condictione mulieri intercedenti competente, praes. *Io. Casp.* HEIMBURG def. *Ienae 1739.* §. 19. Webers Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. St. Nr. 3. S. 23. f. und *Iul.*

Allein schon in den frühern Zeiten der Römer galten die Intercessionen der Frauenspersonen nicht. Denn man betrachtete sie, den Unmündigen gleich, als unvollständige Personen, die erst von andern ergänzt, ihren Willen vollkommen gültig erklären konnten [98]). Sie waren daher in einer beständigen Tutel, und ihre Handlungen erforderten, wie die Handlungen der Unmündigen, zu ihrer Gültigkeit die Auctorität ihrer Tutoren [99]). Waren sie nicht in der Tutel, so standen sie gewiß entweder unter der väterlichen Gewalt, oder sie befanden sich in manu mariti, und dann hatten sie ja nach dem ältern Rechte nichts Eigenes, wovon sie im Fall einer Intercession hätten Zahlung leisten können. Allein diese strenge Disciplin kam in der Folge außer Gebrauch. Eheweiber konnten nicht nur, als matronae, in einer freiern Ehe leben, wo sie eines eigenen Vermögens

Iul. Frid. MALBLANC Diss. de renunciatione beneficiorum ex SCto Vellejano et Authentica: Si qua mulier a femina aut uxore minore facta, haud semper valida. *Tubingae 1803.* Sect. I. §. 2.

98) Cato sagt bey LIVIUS *Lib. XXXIV. cap. 3.* Maiores nullam, ne privatam quidem rem, agere feminas *sine auctore* voluerunt, *in manu* esse parentum, fratrum, virorum.

99) CICERO *pro Muraena* cap. 12. Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores *in tutorum potestate* esse voluerunt. ULPIAN. *Fragm. Tit. XI.* §. 1. (in *Ant.* SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 594.) Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis. Sed masculis quidem impuberibus duntaxat, propter aetatis infirmitatem; *feminis* autem tam *impuberibus*, quam *puberibus*, et *propter sexus infirmitatem*, et *propter forensium rerum ignorantiam.* — §. 27. *Tutoris auctoritas* necessaria est mulieribus quidem in his rebus, si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant.

mögens fähig waren [100]), sondern es gab auch Fälle, wo sie von der Tutel frey wurden, z. B. wenn sie das ius liberorum hatten, welches nach der lex Papia Poppaea einer freygebohrnen Mutter, wenn sie drey Kinder, einer Freygelassenen aber, wenn sie vier Kinder gebohren hatte, zuweilen auch ohne diese Zahl durch ein Privilegium des Kaisers zu Theil ward [1]). Diese freiere Lebensart der römischen Weiber ward durch die Aufhebung der Lex Oppia [2]), wodurch man die Uppigkeit derselben bisher noch immer in Schranken gehalten hatte, dergestalt befördert, daß Frauenspersonen, der ihrem Geschlecht sonst eigenen Schamhaftigkeit uneingedenk, sich jetzt in alle gerichtliche und aussergerichtliche, in Staats- und Privatgeschäfte einmischten [3]). Intercessionen derselben waren also nunmehr weder selten noch unstatthaft, desto nachtheiliger aber für ihr Vermögen. Was sich also vorher schon von selbst verbot, war jetzt, durch Gesetze zu verbieten, doppelt nöthig, da

100) GELLIUS *Noct. Atticar. Lib. XVIII. cap. 6.* CICERO *Topic. cap. 3.* S. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejustin. ad Tit. IX. Fragmentor. Ulpiani. pag. 590. und *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. IV. cap. 2.

1) ULPIANI *Fragm. Tit. XXIX.* §. 3. und Fragmentum regular. ex veteri ICto §. 15. in *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 807. S. *Ev.* OTTO Diss. de perpetua feminarum tutela. *Duisburgi 1719.* Cap 1. §. 23. und besonders *Io. Gottl.* HEINECCIUS ad Legem Iul. et Papiam Poppaeam Commentar. Lib. II. cap. 11. §. 3. et 4. pag. 235. sqq.

2) S. *Io. Guil.* HOFFMANN Diss. ad Legem Oppiam de matronarum cultu. *Francof. ad Viadr. 1736.*

3) Man lese hier die Rede des Cato bey LIVIUS *Lib. XXXIV. cap. 3.*

da die Frauenspersonen von ihrem Tutor weniger abhingen. Das Meiste war jedoch immer von Seiten der Ehemänner selbst zu besorgen, in deren Macht es stand, durch Liebe oder Strenge, ihre Weiber zu Intercessionen für sie zu verleiten. Es wurden daher zuerst durch die Edicte der Kaiser **Augustus** und **Claudius** die Intercessionen der Eheweiber für ihre Männer namentlich verboten. Et primo quidem, sagt **Ulpian** *L.* 2. *pr. D. h. t.* temporibus Divi *Augusti*, mox deinde *Claudii*, Edictis eorum erat interdictum, *ne foeminae pro viris suis intercederent.* Sprachen nun gleich die Edicte dieser Kaiser ausdrücklich nur von den Intercessionen der Eheweiber, so fanden dennoch die römischen Rechtsgelehrten in dem weiblichen Character, und der diesem Geschlecht eigenen Gutmüthigkeit, nach welcher Frauenzimmer, im Vertrauen auf die Redlichkeit des Schuldners, sehr leicht zu Intercessionen zu bewegen sind, Grund genug, jene Edicte auch auf andere weibliche Bürgschaften auszudehnen. Und dieses bestätigte denn auch auf den Antrag des Consuls **Vellejus Tutor** das von ihm benannte Vellejanische Senatusconsult, welches nunmehr alle Frauenspersonen gegen den Nachtheil der Intercessionen auf das vollkommenste sichert. Postea factum est Senatusconsultum, fährt daher **Ulpian** *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* fort, quo plenissime foeminis omnibus subventum est: cuius Senatusconsulti verba haec sunt. *Quod* MARCUS SILANUS *et* VELLEIUS TUTOR, *Consules, verba fecerunt de obligationibus foeminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet* 4), *de ea re ita consuluerunt* 5) : *Quod ad fideiussiones*

4) *Ant.* AUGUSTINUS lib. de Legibus et Senatusconsultis (*Parisiis*

siones et mutui dationes pro aliis [6]), *quibus intercesserint eas*

siis 1584. f.) pag. 213. will statt oportet, lieber *oporteret* lesen, weil dieß die gewöhnlichere Formel in den alten Senatusconsulten bey Frontinus sey. Für diese Emendation scheint auch die Florentinische Schreibart *opoRtEt* zu sprechen. Daher geben ihr *Iac.* GOTHOFREDUS Animadversion. iuris civ. Cap. 9. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* T. III. pag. 289.) und *Ger.* NOODT Observat. Lib. I. cap. ult. Beyfall. Eben so lieset auch Haloander, Baptista de Tortis und unser Codex MSt. Pandectarum Erlang. Demohngeachtet streitet *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletematib. s. Observationib. var. ad Pand. Diss. XV. §. 4 für die Beybehaltung des *oportet.* Baudoza lieset statt dessen *placeret.*

5) Statt *consuluerunt* wollen Augustin und Gothofred a. a. O. *censuerunt* lesen. Eben so lieset auch Baudoza Cestius. Allein auch diese Emendation verwirft Hoffmann a. a. O. und *Io.* STEK Vindicat. LL. anticrit. cap. 9. (in *Thes. Otton.* T. I. p. 518.) und *Ger.* NOODT loc. cit. führen Beyspiele genug an, daß *consuluerunt* eben soviel als *censuerunt* heißt.

6) Die Worte *mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint*, halten einige für fehlerhaft. *Iac.* GOTHOFREDUS Animadversion. iuris civ. cap. 9. lieset statt quibus, *pro quibus.* Dieser Emendation stimmt auch POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. I. not. e. bey. *Claud.* SALMASIUS de modo usurar. cap. 16. setzt das Unterscheidungszeichen nach *mutui dationes*, und lieset nun *in quibus pro aliis* intercesserint feminae. *Ger.* NOODT Observat. Lib. I. cap. 18. hält es jedoch für unnöthig etwas hinzuzufügen oder einzuschalten. Durch eine bloße Versetzung der Worte könne aller Schwierigkeit abgeholfen werden. Er lieset daher *quibus pro aliis* intercesserint feminae. Allein *Io. Guil.* HOFFMANN in Observat. var. ad Pand. Diss. XV. §. 4. und *Io. Conr.* RÜCKER in Diss. de civili et naturali temporis computat. Cap. II.

foeminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse [7]), *ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.* Man streitet sich über das wahre Zeitalter dieses Senatusconsultums. Heineccius [8]) glaubt, es sey schon unter Augustus gemacht worden. Denn in einer alten Inscription bey Gruter [9]) fänden sich zwey Consuln Lucius Silanus und Velläus Tutor, welche im Jahr 763. regiert hätten. Diese wären unstreitig die nämlichen Consuln,

Cap. II. §. 8. halten richtiger auch nicht einmal eine Versetzung der Worte für nöthig, wenn nur das Unterscheidungszeichen geändert, und nach *mutui dationes* gesetzt wird. Denn das *quibus* geht offenbar nicht auf *aliis*, sondern auf *mutui dationes*. Es ist übrigens das *mutui dationes* mit POTHIER in Pand. Iustin. c. l. not. d. und SCHULTING in Thes. controv. Dec. LVI. §. 2 passive in dem Sinn zu nehmen: *cum mulier ab eo, qui tibi mutuum erat daturus, veluti interposita a te persona mutuum accipit.*

7) Diese Worte beweisen deutlich, daß man schon vorher die Edicte der Kaiser August und Claudius durch die Auslegung der R. Rechtsgelehrten in der Praxis auf alle weibliche Intercessionen angewandt, und daraus keine Klagen gegen Frauenspersonen gestattet hatte; und diese Usualerklärung bestätigte blos das Vellejanische Senatusconsult. S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 2. §. 1. D. h. t. und POTHIER c. l. not. f.

8) Elem. iuris civ. sec. ord. Pand. P. III. §. 196. et in Synt. Antiquit. Rom. Lib. III. Tit. XXI. §. 12.

9) Pag. CCCCLXX. Nr. 1.

suln, welche in dem Senatusconsultum angeführt worden, und es sey nur ein, nach Gruter zu berichtigender Irrthum, wenn dem Silanus der Vorname Marcus beygelegt worden sey. Allein schon Herrmann Noordkerk [10]) erinnerte dagegen sehr richtig, daß dieser Meinung Ulpian geradezu widerspreche, welcher ausdrücklich sagt, daß erst nach dem Edict des Claudius das Vellejanische Senatusconsult gemacht worden sey. Was Heineccius [11]) darauf zur Rechtfertigung seiner Meinung erwiedert hat, wird gewiß Niemanden überzeugen [12]). Johann Schilter [13]) setzt das Senatusconsult in die Zeiten des Tiberius. Diesen Tiberius verstehe Ulpian unter dem Namen Claudius. Denn unter seiner Regierung wären M. Junius Silanus und L. Norbanus Flaccus Consuln gewesen. Dem letztern sey nachher Marcus Silanus substituirt worden. Daher falle das Senatusconsult in das Jahr der Erb. Roms 771. Er bestärkt diese Meinung noch durch *L. 16. §. 1. D. h. t.* wo Cajus Cassius Longinus einen Fall nach dem Vellejanischen Senatusconsult entscheide. Dieser römische Rechtsgelehrte habe aber unter Tiberius gelebt. Allein diese ganze Meinung beruht auf lauter unerwiesenen Hypothesen, wie schon Just. Fried. Lud. Engelbrecht [14]) ausführ-

10) Specim. Lectionum seu disquisit. de Lege Petronia. Cap. III. §. 6. pag. 94.

11) Hist. iur. civ. Lib. I. §. 172.

12) Man sehe *Ern. Goth. Christ.* KLÜGEL Diss. de SCto Vellejano, seu de intercessione mulierum. *Wittemb. 1783.* §. 1.

13) Prax. iuris Rom. Exerc. XXVIII. §. 3.

14) Diss. de renunciatione SCti Vellejani privato instrumento facta. *Goettingae 1749.* Cap. I. §. 8.

führlicher gezeigt hat. Noch unwahrscheinlicher ist Lauterbachs [15]) Meinung, daß das Senatusconsult unter Nero gemacht worden sey. Die richtigste Meinung hat unstreitig Anton Schulting [16]), dem es geglückt hat, das Zeitalter der Consuln ausfindig zu machen, deren in dem Senatusconsult gedacht wird. M. Junius Silanus und P. Valerius Asiaticus kommen im Jahr der Erb. Roms 799. als die ordentlichen Consuln bey Dio Cassius [17]) vor. Valerius legte nach dem Zeugniß eben dieses Historikers sein Amt vor der Zeit nieder. Nun kommt in den Fastis [18]) unter dem bemerkten Jahr ein gewisser Consul Vellejus als suffectus vor. Wer könnte dieses wohl anders seyn, als der in dem Senatusconsult genannte Vellejus Tutor? Zwar wird er in den Fastis Rufus genannt. Was steht uns aber im Wege mit Mascov [19]) und Gregor Majansius [20]) anzunehmen, daß Vellejus Rufus auch Tutor genannt worden sey? Es fällt also unser Senatusconsult unstreitig in die Zeiten des Kaisers Claudius.

Das

15) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 2.

16) Iurisprud. Antejust. pag. 640. Ihm stimmen auch *Car. God.* WINCKLER in Diss. de Lege Iunia Velleja. *Lipsiae* 1745. §. 2. ENGELBRECHT cit. Diss. Cap. I. §. 10. BACH Hist. iurisprud. Rom. Lib. III. cap. 1. Sect. III. §. 24. und Hugo im Lehrbuch der Geschichte des R. Rechts. §. 224. bey.

17) Hist. Rom. Lib. LX. pag. 685.

18) *Onuphr.* PANVINIUS Fast. Consul. und *Hub.* GOLTZIUS in Fastis ex antiqu. Monum. pag. 239.

19) Animadversion. ad *Gravinae* origines iuris civ. pag. 398.

20) Disputat. iuris civ. Tom. I. Disputat. XXV. §. 3. pag. 385.

Das Vellejanische Senatusconsultum erklärt nun alle Arten weiblicher Intercessionen für unwirksam [21]). Ausdrücklich wird zwar der *fideiussiones* und *mutui dationes* gedacht, *quibus pro aliis intercesserint feminae.* Allein schon Gerhard Noodt [22]) hat sehr richtig bemerkt, daß beyde Arten der Intercessionen nur als Beyspiele genannt worden sind. Genug daß in den Eingangsworten des Senatusconsults von den *obligationibus foeminarum* überhaupt die Rede ist, *quae pro aliis reae fierent.* Paulus läßt aber vollends keinen Zweifel übrig, wenn er *L.* 1. *pr. D. h. t.* sagt: Vellejano Senatusconsulto plenissime comprehensum est, *ne pro ullo foeminae intercederent.* Es kommt also vor allen Dingen auf die Entwickelung der verschiedenen Arten der Intercessionen an.

Intercession nennt man überhaupt eine Handlung, wodurch Jemand die schon vorhandene oder künftige Verbindlichkeit eines Andern zu dessen Vortheil übernimmt, ohne nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Uebernahme derselben

21) Ausser den bereits beyläufig angeführten Schriften von Engelbrecht, Malblanc und Klügel, sind über diese Lehre noch folgende zu bemerken. *Jaques le* CHASSIER Diatr. ad SCtum Vellejanum in *Opp. Paris. 1657.* 4. *Iust. Hen.* BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione. *Halae 1718.* (*Exercit.* T. 3.) Carl Lud. Christph. Röslins Abhandlung von besondern weiblichen Rechten. 2. B. S. 53. ff. *Henr. Christ.* GERCKE Commentat. de limitibus SCti Vellejani. *Hannoverae 1795.* *H. D.* SUSE Comm. de iure singulari feminae intercedentis. P. I. *Goett. 1803.* und *Christ. Gottl.* BIENER de fideiussione mulierum Quaestiones. *Lips. 1808.*

22) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Videamus* pag. 352.

ben verpflichtet zu seyn [23]). Eine Intercession setzt demnach

I. eine dritte Person voraus, die Etwas schuldig ist. Es ist also keine Intercession, wenn man Jemanden blos für eine, ihm etwa nachtheilige Handlung, Entschädigung zu leisten verspricht. Ulpian sagt *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraherent, et *indemnitatem eis repromiserit*, PAPINIANUS *lib.* 9. *Quaestionum* non putat intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque novam, sed *ipsam fecisse hanc obligationem*. Einen ähnlichen Fall hat Afrikanus *L.* 19. *pr. D. eodem.* Tutor pupilli decesserat, herede instituto Titio. Cum de adeunda hereditate dubitaret, quoniam male gesta tutela existimaretur, persuadente matre pupilli, ut suo periculo adiret, adiit: stipulatusque de ea est, *indemnem se eo nomine praestari.* Si ex ea causa Titius pupillo aliquid praestitisset, isque matrem conveniret, negavit *exceptionis Senatusconsulti* locum esse [24]): *quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit.*

II.

23) S. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 939.

24) Diesem ist *L. 6. §. 1. Cod. h. t.* nicht entgegen, denn hier hatte sich die Mutter dem Vormund, welcher sich aus Furcht, daß er wegen der Armuth des Pupillen nicht entschädiget werden möchte, entschuldigen wollte, durch ihr Versprechen, denselben zu entschädigen, für den Pupillen verpflichtet; es ist also hier ein Schuldner da, für den sie wirklich sich verbürgt hat. S. *Iac.* CUJACIUS Tract. IV. ad African. ad L. 19. D. h. t. NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. *Est igitur.* pag. 354. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. *Guil.* BEST Ratio emendandi Leges Cap. V. §. 6—8. und Röslin im angeführten Buche 3. Buchs 1. Abschn. §. 10—15. S. 102—109.

II. Wirkliche Uebernehmung einer fremden Verbindlichkeit. Es ist daher für keine Intercession zu halten, a) wenn man gleich für den Schuldner Zahlung leistet [25]; oder b) wenn man ihm das Pfand zurückgiebt [26]; oder c) wenn Jemand den Andern von den für ihn selbst contrahirten Verbindlichkeiten befreiet [27]; oder d) wenn Jemand Schuldner des Andern ist, und von seinem Gläubiger angewiesen wird, die Schuld an einen Dritten für ihn zu bezahlen [28].

III. Man muß auch nicht schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Uebernahme der Verbindlichkeiten eines Andern verpflichtet seyn. Wenn man daher bey Antretung einer Erbschaft, oder bey einem Kaufe derselben die darauf haftenden Schulden übernimmt, so ist dies keine Intercession [29]. In allen diesen Fällen findet daher auch das Vellejanische Senatusconsult keine Anwendung.

Eine wirkliche Intercession kann nun aber auf sehr verschiedene Art geschehen. Sieht man

I. auf die Schuldverbindlichkeit, welche übernommen wird, so lassen sich zwey Fälle gedenken. 1) Sie wird übernommen, ehe noch die Schuld entstand. Dies ist

25) *L. 5. D. h. t. L. 1. L. 4. L. 9. Cod. h. t.* S. Röslins Abh. a. a. O. §. 8. S. 98. ff.

26) *L. 8. pr. D. eodem.* Röslins Abh. a. a. O. §. 7. S. 97.

27) *L. 19. §. 1. et 2. D. h. t.*

28) *L. 24. pr. D. h. t. L. 2. Cod. eodem* Röslin a. a. O. §. 4. S. 93. f.

29) *L. 13. pr. L. 32. pr. D. h. t.* Röslin a. a. O. §. 2. S. 90. f.

ist a) der Fall, wenn Jemand dem Andern den Auftrag giebt, Etwas zum Besten eines Dritten auf seine, des Gewaltgebers, Gefahr zu thun. Diese Art der Intercession wird *mandatum qualificatum* genannt, und der Gewaltgeber vorzugsweise *mandator* [30]. Ein Beyspiel enthält *L.* 24. *D. de fideiussorib.* Lucius Titius, cum pro Sejo fratre suo apud Septicium intervenire vellet, epistolam ita emisit: *Si petierit a te frater meus, peto des ei nummos fide et periculo meo.* Man sehe auch *L.* 6. e. 7. *D. h. t.* 2) Wenn ein Dritter den Contract, den ich mit Jemand schließen wollte, zu meinem Vortheil als Sebstschuldner übernimmt. Z. B. ich will von dem A ein Darlehn aufnehmen; allein weil A mir nicht recht traut, kommt B dazu, und borgt das Geld für mich als Sebstschuldner. Den Fall hat Ulpian, wenn er *L.* 8. §. 14. *D. h. t.* sagt: Si cum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham: videtur intercessisse. Er kommt auch *L.* 4. *Cod. h. t.* vor: Cum alius pecuniam acciperet, mulier se ab initio ream constituit. Dieser Fall wird in den Worten des Senatusconsults durch *mutui dationes, quibus pro aliis intercesserint foeminae* bezeichnet [31]. 2) Sie wird übernommen,

30) Ein solches mandatum qualificatum ist nichts anders, als eine anticipirte Bürgschaft. Daher geht auch die Verbindlichkeit eben so auf die Erben über, wie die Verbindlichkeit eines Bürgen. *L. 8. Cod. mandati. Nov. IV. cap. 1.* S. *Iac.* VOORDA Elector. iur. civ. cap. 7.

31) S. CUJACIUS Tract. IV. ad African. ad L. 19. h. t. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 352. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9.

men, nachdem die Schuld schon in der Person eines Andern entstanden war. — *Intercessio* im eigentlichen Sinn. Die Gesetze unterscheiden diese beyden Arten der Intercession dadurch von einander, daß sie Ersteres *novam obligationem*, Letzteres aber *veterem obligationem recipere* nennen [32]).

II. In Absicht auf die **Art der durch Intercession übernommenen Verpflichtung** ist zu unterscheiden. A) Sie geschieht auf eine solche Art, daß der eigentliche Schuldner dadurch ganz von seiner Verbindlichkeit befreiet wird. *Intercessio principalis*, seu *privativa* [33]). Dies kann geschehen 1) durch **Delegation**, wenn man sich von dem eigentlichen Schuldner an dessen Stelle mit Einwilligung des Gläubigers überweisen läßt [34]). 2) Durch **Expromission**, wenn man die Verbindlichkeit des Hauptschuldners schlechthin, auch ohne dessen Zustimmung, dergestalt übernimmt, daß derselbe dadurch von allem Schuldnexus gegen seinen vorigen Gläubiger befreiet wird [35]). 3) Durch **Vertheidigung** eines Beklagten vor Gericht, insofern dadurch eine Novation geschieht, und die Verbindlichkeit des Beklagten, wenn er verurtheilt wird, auf den Defensor übergeht, folglich der eigentliche Beklagte

32) *L. 8. §. 1. D. h. t. L. 18. Cod. eodem.*

33) Die Gesetze sagen *alienam obligationem in se transferre. L. 4. C. h. t.*

34) *L. 11. pr. D. de novat.* Delegare est vice sua alium reum dare creditori. S. *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 1.

35) *§. 3. I. Quib. mod. tollit. obligat. L. 8. §. 5. D. de novationib.* S. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 937.

dadurch von der Klage seines Gläubigers befreiet wird[36]). Ulpian sagt *L.* 2. §. *ult. D. h. t.* Sed etsi mulier *defensor alicuius* extiterit, procul dubio *intercedit.* Suscipit enim in se alienam obligationam: quippe cum ex hac re subeat condemnationem. Proinde neque maritum, neque filium, neque patrem permittitur mulieri defendere. 4) Durch Eintretung in einen Schuldcontract als Selbstschuldner, den ein Dritter mit dem Gläubiger schließen wollte. *L.* 19 *Cod. h. t.* bestimmt diesen Fall so: Si creditor, qui contrahere cum alio proposuerat, mulieris personam elegit: und erklärt auch dieses für eine Art der Intercession, gegen welche der Frauensperson die *exceptio Senatusconsulti Vellejani* zu statten kommt. Man vergleiche auch die oben angeführte *L.* 8. §. 14. *D. h. t.* und *L.* 4. *Cod. eodem*[37]). B) Die Intercession geschieht auf eine solche Art, daß die Verbindlichkeit des Hauptschuldners dabey noch fordauernd bleibt. *Intercessio accessoria* seu *cumulativa*[38]). Hier sind wieder zwey Fälle möglich. Es kann nämlich der Intercedent entweder 1) nur erst dann belangt werden, wenn der Gläubiger von dem Hauptschuldner seine Befriedigung nicht zu erhalten vermag. — *Intercessio subsidiaria.* Dahin gehört, a) wenn

36) *L.* 11. §. 1. *D. de novat. L.* 10. §. 1. *D. de in rem verso. L.* 2. *Cod. de pact.* S. CUJACIUS Tract. IV. ad Africanum ad L. 19. D. h. t. NOODT Comment. ad Dig. h. t. § *Videamus igitur.* pag. 352. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. et 3. und LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 8.

37) S. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3.

38) Die Gesetze bezeichnen diese Art der Intercession durch den Ausdruck *alienae obligationis participatio. L.* 4. *Cod. h. t.*

a) wenn man für Jemanden Bürgschaft leistet, oder b) ein mandatum qualificatum giebt [39]), oder c) ein constitutum alienum eingeht [40]); oder d) für einen Andern seine Sachen verpfändet, oder verpfänden läßt [41]). Oder 2) es kann der Intercedent, als solcher, die Klage des Gläubigers nicht einstweilen ganz von sich abwenden. — *Intercessio non subsidiaria.* Dahin gehört der Beytritt als correus debendi [42]). Auf alle diese Intercessionsarten erstreckt sich nun das Vellejanische Senatusconsult. *Omnis omnino obligatio* Senatusconsulto Vellejano comprehenditur, sagt Ulpian *L.* 2. §. 4. *D b. t.* sive verbis, sive re, sive quocunque alio contractu intercesserint.

§. 921.

Gründe des Vellejanischen Senatusconsults.

In den Gesetzen dieses Titels werden verschiedene Gründe angeführt, aus welchen es der Senat für nöthig gehalten habe, die weiblichen Intercessionen ohne Ausnahme zu untersagen. Erstens hielt man es für unschicklich, und der weiblichen Schamhaftigkeit zuwider, daß Frauenspersonen sich männlichen Geschäften unterziehen. Nun rechnete man die Intercessionen zu den bürgerlichen Rechtsgeschäften, die nur gewöhnlich unter Mannspersonen geschlos-

39) *L.* 6. *et* 7. *D. b.* t.

40) *Nov. IV. cap. 1.* Anderer Meinung ist zwar Thibaut im Syst. des P. R. 2. B. §. 940. Allein man sehe den 13. Th. dieses Commentars §. 851.

41) *L. 5. L. 7. et L. 12. Cod. b. t.*

42) *L. 17. §. 2. L. 18. D. b. t.* S. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XXVIII. § 14.

schlossen zu werden pflegen [43]). Sodann schien es auch dem Senat unbillig, daß Frauenspersonen durch Theilnahme an fremden Schulden einen Verlust ihres Vermögens erleiden sollten. Diese Gründe werden in den Worten des Senatusconsultums selbst angeführt, vom Paulus aber *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* noch deutlicher auseinander gesetzt, wenn er sagt: Nam sicut moribus civilia officia ademta sunt feminis, et pleraque ipso iure non valent: ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam *periculum rei familiaris*. Der Hauptgrund des Vellejanischen Senatusconsults beruhet jedoch unstreitig in dem eigenthümlichen Charakter des weiblichen Geschlechts. Diesen Grund spricht auch Ulpian ganz bestimmt aus, wenn er *L.* 2. §. 2. *et* 3. *D. h. t.* sich darüber auf folgende Art äussert: Amplissimus ordo opem tulit mulieribus *propter sexus imbecillitatem.* — *Infirmitas* enim *foeminarum* auxilium meruit. Unter dieser sexus imbecillitas ist jedoch, wie bereits an einem andern Orte [44]) bemerkt worden ist, nicht sowohl Schwäche des Verstandes, als vielmehr eine gewisse dem weiblichen Ge-

43) *L.* 2. *D. de div. reg. iuris.* Foeminae ab omnibus *officiis civilibus*, vel publicis remotae sunt: et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, *nec pro alio intervenire*, nec procuratores existere. Der Grund, daß dergleichen Geschäfte sich mit der weiblichen Schamhaftigkeit nicht vertragen, wird *L.* 1. §. 5. *D. de postul.* *L.* 18. *L.* 21. *Cod. de procurat.* angeführt. Was *officia virilia* und *civilia* sind, hat HELLFELD in der oben angef. Diss. de condictione mulieri intercedenti compet. §. 8—15. ausführlich erklärt.

44) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 117. S. 122.

Geschlecht eigene Leichtsinnigkeit, oder gutmüthige Neigung, sich Andern gefällig zu beweisen, oder eine natürliche Nachgiebigkeit, — facilitas, — zu verstehen, vermöge welcher Frauenspersonen gar leicht zu Handlungen zu bereden sind, die ihnen zu großem Nachtheil gereichen. Die Gesetze nennen in dieser Hinsicht das weibliche Geschlecht einen *sexus infirmus*, *fragilis*, et *adversus commoda propria laborans*, *facilisque ad circumveniendum* 45). Weil nun die Erfahrung lehrt, daß Frauenspersonen aus Leichtsinn und Gutmüthigkeit sehr leicht zu verleiten sind, eine Intercession zu übernehmen, wobey nur die gute Absicht obwaltet, durch ein gegebenes Wort einem Andern zu dienen, übrigens aber, im Vertrauen auf die Redlichkeit des Hauptschuldners, kein wirklicher Schade befürchtet wird; so soll der Vellejanische Rathsschluß die Frauenspersonen gegen solche nachtheilige Geschäfte schützen, wodurch sie eine fremde Verbindlichkeit übernahmen, und sich aus bloßer Gefälligkeit der Gefahr aussetzten, Etwas zu bezahlen, welches zu verlieren, sie weder die Absicht, noch anders woher eine Verbindlichkeit auf sich hatten 46). Es stand aber hiermit noch ein anderer Grund in genauer Verbindung, welchen die Lex Papia Poppaea dem Senat darbot. Nach diesem Gesetz sollte nämlich jede Mannsperson, die nicht über sechszig, und jedes Frauenzimmer, das nicht über funfzig Jahre alt wäre, heyrathen, wofern sie nicht

45) *L. 1. C. Quando mulier tutor. officio. L. ult. Cod. de donat. ante nupt. L. 4. Cod. de sponsal. Nov. IX. cap. 3.* S. HELLFELD cit. Diss. §. 16. et 17.

46) Man sehe Webers Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. S. 23. ff.

nicht in die Strafen des Cölibats verfallen wollten [47]). Das wichtigste Hinderniß einer standesmäßigen Ehe war aber Mangel am Vermögen, um ein Heyrathsgut bestellen zu können, wodurch sich die rechtmäßige Ehefrau damahls von der Concubine unterschied. Um nun diesem Gesetz Folge leisten zu können, lag selbst dem Staate daran, daß den Frauenspersonen ihr Vermögen zu diesem Zweck erhalten werde. Wie sehr muste nicht also auch dem Senate daran gelegen seyn, zu verhüten, daß Frauenspersonen durch Intercessionen nicht um ihr Vermögen gebracht würden? [48]) Wie nothwendig eine dos zur Schließung einer standesmäßigen Ehe gewesen sey, beweißt unter andern die bekannte Stelle aus des **Plautus** Trinummus [49]), wo **Lesbonicus** sagt: *Nolo ego mihi te tam prospicere, qui meam egestatem leves, sed ut inops infamis ne sim: ne mihi hanc famam differant, me germanam meam sororem in concubinatum tibi sic* SINE DOTE *dedisse magis, quam in matrimonium*. Auf diese Nothwendigkeit eines Heyrathsgutes machen auch die Röm. Juristen aufmerksam. **Paulus** sagt *L. 2. D. de iure dot.* REIPUBLICAE *nostrae interest, mulieres dotes salvas habere*, PROPTER QUAS *nubere possunt.* Noch mehr bestärkt dieses **Pomponius**, wenn er *L. 1. D. Soluto matrim.* sagt: Dotium causa semper et ubique praecipua est: *nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse foeminas, ad sobolem procrean-*

47) S. HEINECCII Comment. ad Leg. Iul. et Papiam Poppaeam Lib. II. cap. 3.

48) S. *Christ. Henr.* BREUNING Progr. de politia SCti Velleiani de fideiussione feminarum. *Lipsiae 1752.* §. 8. et 9.

49) *Act. III. Scen. II. v. 62. sqq.*

creandam, replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium. Weil jedoch Frauenspersonen leichter zu bewegen sind, wenn es blos darauf ankommt, sich für einen Andern verbindlich zu machen, als wenn davon die Rede ist, daß sie etwas schenken sollen [50]; so läßt sich daraus erklären, warum die Verordnung des Vellejanischen Rathschlusses ihnen nicht zu statten kommt, wenn von solchen Rechtsgeschäften derselben die Rede ist, wobey sie aus Freygebigkeit eine wirkliche Aufopferung des Ihrigen bewilliget haben [51]. Mit Recht sagt daher Callistratus *L. 21. §. 1. D. h. t.* Item *si quid liberaliter fecerit*, veluti ne iudicatus pater eius propter solutionem vexetur, non erit tuta Senatusconsulto: *oneribus enim earum Senatus succurrit.* Es gehört hierher nicht nur, wenn eine Frauensperson für einen Andern Zahlung geleistet [52], oder Pfänder zurückgegeben hat [53]; denn hier ist nicht einmal eine wahre Intercession vorhanden; sondern auch wenn sie wirklich eine fremde Verbindlichkeit auf sich genommen hat, aber ihre Intercession blos animo donandi geschehen ist [54]. Jedoch versteht sich von selbst, daß eine solche

50) *L. 4. §. 1. D. h. t.* Facilius se mulier obligat, quam alicui donat. S. Röslins angef. Abh. von besond. weiblichen Rechten 2. Th. S. 95. f.

51) *L. 4. §. 1. cit.* Proinde, si, *dum vult Titio donatum*, accepit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit, *cessat Senatusconsultum.* Sed et *si tibi donatura*, creditori tuo nummos numeraverit, non intercedit. *Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti.*

52) *L. 5. D. h. t. L. 1. L. 9. Cod. eodem.*

53) *L. 8. pr. D. h. t. L. 1. L. 4. Cod. eodem.*

54) S. Webers angef. Beiträge 1. St. S. 24. ff.

che Absicht bey einer wirklichen Uebernahme fremder Verbindlichkeiten im Zweifel nicht vermuthet wird, sondern immer einen bündigen Beweis erfordert. Dieser Beweis wird aber dadurch noch nicht überflüßig, daß die Intercedentin die schlechten Vermögensumstände des Hauptschuldners kannte, wofern sie nicht den völligen Verlust des Ihrigen als ganz gewiß voraussahe, und in diesem Bewußtseyn die Verbindlichkeit für den Schuldner übernahm, ohne deshalb eine Entschädigung zu erwarten [55].

§. 922.

Wem? und für Wen verbietet das Senatusconsult zu intercediren.

Das Vellejanische Senatusconsult mißbilliget nun also alle oben angegebenen Arten von Intercessionen, sobald sie von Personen weiblichen Geschlechts übernommen werden, und es ist kein Unterschied, sie mögen verheyrathet, oder ledig, Jungfern oder Wittwen, von vornehmen oder geringen Stande seyn [56]. Es ist auch gleichviel, der Gläubiger sey eine Manns, oder Weibsperson. *L. 5. Cod. h. t.* sagt ausdrücklich: Si sine voluntate tua res tuae a marito tuo pignori datae sunt, non tenentur. Quodsi consensisti obligationi, *sciente creditrice*, auxilio Senatusconsulti uti potes. Leyser [57]) meint zwar, diese Verordnung streite gegen die bekannte Regel, nach welcher ein Privilegirter gegen einen gleichmäßig Privilegirten sich seines Privilegiums nicht bedienen könne; von der man

55) S. Weber a. a. O. S. 27.

56) S. Röslins angef Abhandlung 2. B. S. 64.

57) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIX. medit. 2.

man doch hier eine Ausnahme zu machen, keinen vernünftigen Grund habe. Es lasse sich daher von jener Verordnung kein anderer Grund angeben, als der, weil es dem Gesetzgeber eben so beliebt habe. Allein die vom Leyser angeführte Regel findet hier keine Anwendung. Sie setzt eine Collision der Privilegien oder der besondern Rechte voraus, welche hier offenbar nicht eintritt, wenn eine Frauensperson sich bey einer andern Frauensperson für einen Dritten verbürgt hat. Hier kann sich immerhin die Bürgin des ihr vermöge des Senatusconsults zustehenden besondern Rechts bedienen, ohne dadurch dem besondern Rechte der Andern zu nahe zu treten, weil nur die Bürgin, nicht aber die Gläubigerin sich in dem Falle befindet, wo das ihr zustehende besondere Recht geltend gemacht werden kann, wie ich schon an einem andern Orte[58]) gezeigt habe.

Eben so wenig kommt es ferner in Absicht auf die Gültigkeit weiblicher Intercessionen darauf an, für wen Frauenspersonen intercediren. Der Schuldner sey eine Manns- oder Frauensperson, eine fremde oder eine mit ihnen verwandte Person, so ist die Intercession gleich ungültig. Es gilt daher weder die Bürgschaft einer Mutter für ihre Kinder, noch die Intercession einer Tochter für ihre Eltern, auch wenn sie dieselben damit aus dem Gefängniß retten könnten[59]), wie folgende Gesetzstellen lehren.

L. 3.

58) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 105. S. 24. f.

59) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIX. medit. 5. Röslins Abhandl. 2. B. S. 65. f. und GERCKE Diss. cit. de limitibus SCti Vellejani §. 11.

L. 3. *Cod. h. t.* Si cum ipſe mutuam pecuniam acciperes, *mater tua* contra ampliſſimi ordinis conſultum fidem ſuam interpoſuit: exceptione ſe tueri poteſt.

L. 8 *Cod. eodem.* Si paternam obligationem non tantum maſculini ſexus filii, verum etiam *filiae emancipatae* in ſe receperunt: *quamvis filiae virilibus obligationibus eximantur propter exceptionem, quae ex Senatusconſulto Vellejano deſcendit*; tamen filios in id, quod ſe obligaverunt, teneri, *filiarumque ſubducta perſona* patrem in id conveniri poſſe, in quo conveniretur, ſi filiae non interceſſiſſent, dubium non eſt.

Daher wird auch in der Novelle 115. Kap. 3. §. 8. die Enterbungsurſache, welche in einer verweigerten Bürgſchaftsleiſtung der Kinder für ihre im Gefängniß ſitzenden Eltern beſteht, ausdrücklich nur auf die Söhne eingeſchränkt [60]). Nicht wirkſamer kann alſo auch wohl die Bürgſchaft einer Ehefrau für ihren Mann ſeyn. Voet [61]) meint zwar, daß ihr das Vellejaniſche Senatusconſult nicht zu ſtatten komme, wenn ſie ſich für ihren Ehemann verbürgt hat, der eines begangenen Vergehens wegen war in Verhaft genommen worden. Allein dieſe Ausnahme iſt ganz ungegründet. Schon vor dem Vellejaniſchen Senatusconſult waren die Interceſſionen der Eheweiber für ihre Ehemänner durch die oben bemerkten Edicte der Kaiſer Auguſtus und Claudius unbedingt verboten, und Juſtinian geht in der Novelle 134. Kap. 8. noch weiter. Nach dieſer neueſten Verordnung ſoll eine ſolche

60) S. den 7. Th. dieſes Commentars §. 551. S. 234. f.

61) Commentar. ad Pand. h. t. §. 10.

ſolche Intercesſion durchaus nichtig seyn, und auf keine Weise gültig werden, wenn sie auch nachher öfters wiederholt und bekräftiget worden wäre. Der einzige Fall soll ausgenommen seyn, wenn die Intercesſion zu ihrem eigenen Nutzen geschehen ist. Ausserdem soll die Intercesſion einer Ehefrau für ihren Mann eben so angesehen werden, als ob sie gar nicht geschehen wäre, die Schuld des Mannes sey eine öffentliche oder Privatschuld.

Die Worte der Novelle selbst lauten nach **Hombergks** Version folgendermaßen.

„Si quae mulier in inſtrumento crediti viro ſuo conſentiat, aut ſubſcribat, et ſubſtantiam ſuam, vel ſe ipſam obligaverit: jubemus, *ne tale quid valeat*, *vel obtineat*, ſive id ſemel, *ſive ſaepius pro eadem re fiat*, ſive *privatum* ſive *publicum* ſit debitum [62]): *ſed pro non ſcripto habeatur*, niſi manifeſte probetur, pecuniam in utilitatem mulieris verſam eſſe „

Hat eine Frauensperson für einen andern Schuldner intercedirt, der nicht ihr Ehemann ist, so ist in Gemäsheit der neuern wichtigen Verordnung des Kaisers **Justinian** in der *L.* 23. *Cod. h. t.* die Intercesſion nicht durchaus nichtig, sondern es ist ein Unterschied zu machen, ob sie in einem öffentlichen und von drey Zeugen unterschriebenen Instrument geschehen ist, oder nicht. Nur in dem letzten Falle ist die Intercesſion nichtig, und für so gut, als gar nicht geschehen, anzusehen, den einzigen

Fall

62) **Hombergk** hat hier *delictum:* allein das griechische Wort ὄφλημα heißt soviel als debitum. Daß diese Bedeutung auch hier anzunehmen sey, lehrt der ganze Zusammenhang.

Fall ausgenommen, wenn die Intercedentin eine Belohnung empfing. Ausser diesen Fall ist jede weibliche Intercession, die ohne jene Form geschehen ist, dergestalt ungültig, daß der Richter den Gläubiger mit der Klage gegen die Bürgin sogar von Amtswegen abweisen muß, wenn sie auch die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht vorschützt [63]). In dem ersten Falle hingegen wird die Intercession nur durch Hülfe einer Exception unwirksam, schützt sie diese nicht vor, so kann sie aus der Bürgschaft condemnirt werden. Da ich mich in der Folge auf diese wichtige Verordnung öfters werde beziehen müssen, so ist es nöthig, sie hier wörtlich einzurücken. Sie lautet folgendermassen.

„Antiquae iurisdictionis retia et difficillimos nodos resolventes, supervacuas distinctiones exulare cupientes, sancimus, mulierem, si intercesserit, *sive ab initio, sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat*, omnimodo teneri, et non posse Senatusconsulti Vellejani uti auxilio: sive *sine scriptis*, sive *per scripturam* sese interposuerit. Sed siquidem in ipso instrumento intercessionis dixerit, sese aliquid accepisse, et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur, et a tribus testibus consignatum: omni-

63) Es werden jedoch auch da, wo Intercessionen der Frauenspersonen an sich nichtig sind, die andern Rechtsmittel des gemeinen Rechts, welche z. B. wegen einer Arglist, oder wegen einer versio in rem Statt finden, nicht ausgeschlossen. Actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus Ordo non excludit, sagt *L. 30. pr. D. h. t.* S. auch *L. 15. D. eodem*, und Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 944.

omnimodo eſſe credendum, eam pecunias vel res accepiſſe, et non eſſe ei ad Senatusconſulti Vellejani auxilium regreſſum. Sin autem ſine ſcriptis interceſſerit, vel inſtrumento non ſic confecto, tunc ſi poſſit ſtipulator oſtendere, eam accepiſſe pecunias vel res, et ſic ſubiiſſe obligationem; repelli eam a SCti iuvamine. Sin vero hoc minime fuerit ab eo approbatum: tunc mulieri ſupereſſe auxilium, et antiquam actionem adverſus eum ſervari, pro quo mulier interceſſit, vel ei actionem parari. — Ne autem mulieres perperam ſeſe pro aliis interponant, ſancimus, non aliter eas in tali contractu poſſe pro aliis ſeſe obligare, *niſi inſtrumento publice confecto, et a tribus teſtibus ſubſignato* 64) *accipiant homines a muliere pro aliis confeſſionem*: tunc enim tantummodo eas obligari, et ſic omnia tractari, quae de interceſſionibus feminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta ſunt. Sin autem *extra eandem obſervationem* mulieres acceperint intercedentes: *pro nihilo habeatur huiusmodi ſcriptura, vel ſine ſcriptis obligatio, tanquam nec confecta, nec penitus ſcripta:* ut nec Senatusconſulti auxilium imploretur, ſed ſit libera et abſoluta, quaſi penitus nullo in eadem cauſa ſubſecuto.

§. 923.

64) Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen des Heineccius. §. 838 Not. 3. hält es h. z. T. für hinreichend, wenn das Document von der Obrigkeit ausgefertiget iſt; Röslin hingegen in der angef. Abh. 2. B. S. 191. ſagt, was ein öffentliches Inſtrument ſey, müſſe nach den Geſetzen eines jeden Orts beſtimmt werden.

§. 923.

Wirkung des Vellejanischen Senatusconsults.

Der Vellejanische Rathsschluß hebt zwar die Verbindlichkeit, welche nach dem natürlichen Rechte aus der Intercession einer Frauensperson entsteht, gänzlich auf[65]), erklärt aber doch deswegen die weiblichen Intercessionen nicht für absolut nichtig, sondern sie sollen nach der Vorschrift desselben nur eine unwirksame Verbindlichkeit erzeugen[66]). Es findet daher 1) nach dem strengen Recht zwar gegen die Intercedentin eine Klage statt; allein sie kann sich, wenn sie aus der Intercession belangt wird, mit einer Einrede (*exceptio SCti Vellejani*) schützen, wodurch die ganze Klage unwirksam gemacht wird. In dieser Hinsicht sagt *L. 9. Cod. h. t.* Senatusconsultum de intercessionibus obligationem mulieris efficacem esse non sinit. Bedient sich also die Intercedentin der ihr nach dem Senatusconsult zustehenden Einrede nicht, so kann sie zur Bezah-

65) Julian sagt *L. 16. §. 1. D. h. t.* Totam obligationem Senatus improbat.

66) Der Senat sagt blos: *se arbitrari, non esse aequum, foeminas obstringi eius generis obligationibus, quae ad officia virilia pertinent. L. 2. §. 1. D. h. t.* Wenn es nun gleich vorher heißt: *iam ante ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur*; so geht doch dieses nicht darauf, daß die Klage von richterlichen Amtswegen nicht gestattet, sondern vielmehr daß sie ope exceptionis verworffen werden solle, wie *Ger.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. §. *Pergit Senatus* pag. 354. sq. gezeigt hat. Eben so ist auch Pomponius zu verstehen, wenn er *L. 32. §. 3. D. h. t.* sagt: Totus sermo SCti ad petitionem non dandam adversus mulierem spectat: das heißt, ad dandam mulieri exceptionem, wie es NOODT a. a. O. pag. 355. erklärt.

Bezahlung verurtheilt werden, ohne daß den Richter deshalb der Vorwurf einer begangenen Ungerechtigkeit oder Nichtigkeit trifft [67]). Nach dem neuern Recht fällt dieses jedoch in zwey Fällen weg, nämlich a) wenn eine Frau für ihren Ehemann intercedirt hat [68]), und b) wenn die Intercession für einen andern Schuldner in keinem öffentlichen Instrument geschehen ist. Hier findet das Senatusconsult nicht Statt, und die Klage muß schon von richterlichen Amtswegen verworffen werden, als wenn gar keine Intercession geschehen wäre [69]). II) Hat die Intercedentin dem Gläubiger des Schuldners zur Sicherheit ein Pfand gegeben, so kann sie dieses von jedem Besitzer vindiciren, und es müssen ihr Früchte und Schäden ersetzt werden. **Pomponius** sagt *L.* 32. §. 1. *D. h. t.* Si mulier rem a se pignori datam per intercessionem recipere velit, fructus etiam liberos [70]) recipit: et si res deterior facta fuerit, eo nomine magis aestimetur. Sed si

67) *Nov. CXXXIV. cap. 8.*

68) *L.* 23. §. 2. *in fin. Cod. h. t.*

69) S. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXI. Th. 4. not. *α*. Nr. V. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 7. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4141. Nicht unrecht sagt daher Westphal in seinen Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 1. S. 83. daß hier der Frauensperson nicht sowohl die exceptio SCti Vellejani, als vielmehr die exceptio nullitatis zu statten komme.

70) *Fructus liberi* sind, wie es Accursius ganz gut erklärt, quasi non obligati, das heißt, der Gläubiger kann so wenig die Früchte, als die Sache selbst, zum Pfande, zurückhalten, oder jene auf die Schuld anrechnen. S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 32. §. 2. D. h. t. und POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXIX not. g.

si creditor, qui pignus per intercessionem acceperit, hoc alii vendidit, vera est eorum opinio, qui petitionem dandam ei putant et adversus bonae fidei emtorem: *ne melioris conditionis emtor sit, quam fuerit venditor* [71]). Eben dieses gilt auch in dem Falle, wenn sie dem Gläubiger zur Bezahlung der Schuld, für welche sie gut sagte, eine Sache verkauft, und übergeben hat. Setzt ihr der Gläubiger, wenn sie die Sache vindicirt, die exceptio rei venditae et traditae entgegen, so kann sie repliciren, daß der Verkauf dem Senatusconsult zuwider geschlossen worden, und daher ungültig sey. Ja wenn auch der Gläubiger den Kauf nicht selbst mit der Intercedentin geschlossen, sondern eine dritte Person untergeschoben hätte, so würde dieses dennoch keinen Unterschied machen, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 32. §. 2. *D. h. t.* Item si mulier creditori viri fundum vendidit, et tradidit ea conditione, *ut emtor acceptam pecuniam viro referret*, et hunc fundum vindicat: exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita, sed replicabitur a muliere, *aut* [72]) *si ea venditio contra Senatusconsultum facta sit* [73]). Et hoc procedit,

71) S. *L.* 175. §. 1. *D. de div. reg. iuris.*

72) Haloander lieset statt *aut si*, AC *si*. Anton Faber in Rational. ad h. L. aber AT *si*.

73) Diese Worte geben deutlich zu erkennen, daß hier von keiner bloßen Zahlung für den Schuldner die Rede sey, wo die *L.* 4. *Cod. h. t.* auxilium Senatusconsulti versagt; sondern von einem solchen Falle, wo der Verkauf zur Eludirung des Vellejanischen Senatusconsults geschehen war. Wenn jedoch *Iac.* GOTHOFREDUS Animadversion. iuris civ. cap. 10. (*in Thes. iuris Rom.*

dit, ſive ipſe creditor emerit, ſive interpoſuerit alium, quo mulier ea ratione careat re ſua. Idem eſt, et ſi non pro viro, ſed *pro alio debitore* rem ſuam tradidit.

Ein ganz anderer Fall wäre es, wenn die Intercedentin ihre Sache zwar in der Absicht, um ſich mit dem Erlöß ihrer Bürgſchaft zu entledigen, aber an einen Dritten unbedingt verkauft hätte, der weder der Gläubiger ſelbſt, noch eine von ihm untergeſchobene Perſon iſt. Hier kann ſie die verkaufte Sache nicht vindiciren. Denn man kann hier nicht ſagen, daß der Käufer dem Vellejaniſchen Senatusconſult entgegen gehandelt habe [74]). III. Wenn ſie vermöge der Interceſſion für den Schuldner zahlte, ſo kann ſie das Gegebene, jedoch nur inſofern, als es aus Irrthum geſchahe, von dem Empfänger mit der condictio indebiti, aber ohne Zinſen, zurückfordern.

Rom. Otton. Tom. III. pag. 291. dieſe Geſetzſtelle von einem ſolchen Falle verſtehen will, wo die Frauensperſonen noch vor entſtandener Schuld das Ihrige verkaufte, um das Kaufgeld auf das von einem Dritten zu contrahirende Darlehn abrechnen zu laſſen, ſo widerſtreitet offenbar der ganze Wortverſtand dieſer Erklärung. Die hier gebrauchte Redensart, *acceptam pecuniam alicui referre* heißt ja nichts anders, als in dem Rechnungsbuche bemerken, daß der Schuldner das Geld wieder bezahlt habe. Daß hier von einer ſchon contrahirten Schuld die Rede ſey, lehren auch die *Baſilica* Tom. IV. pag. 198. wo die Worte *ea conditione* etc. ſo lauten: ἐπὶ αἱρέσει τȣ̃ λογίσασθαι τὴν τιμὴν εἰς τὸ χρέος τȣ̃ ἀνδρός. Man ſehe auch *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. L.

74) S. POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. IV. not. d. und Röslins Abh. von beſondern weiblichen Rechten. 2. Bd S. 78. f. §. 36.

L. 9. *Cod. h. t.* Quamvis mulier pro alio solvere possit; tamen si *praecedente obligatione*, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, *eius Senatusconsulti beneficio munitam se ignorans*, *locum habet repetitio.*

Hierdurch unterscheidet sich also der Vellejanische Rathsschluß von dem Macedonianischen, wovon **Marcian** *L.* 40. *pr. D. de condict. indebiti* den Grund angiebt, weil jener zum Besten der Frauenspersonen, dieser aber aus Haß gegen die Gläubiger gemacht sey. Allein der wahre Grund dieses Unterschiedes ist vielmehr der, weil das Vellejanische Senatusconsult selbst der sonst aus weiblichen Bürgschaften entstehenden natürlichen Verbindlichkeit dergestalt alle Wirkung entzogen hat, daß in den bürgerlichen Gerichten, den Fall eines Dolus ausgenommen, gar keine Rücksicht weiter darauf genommen wird [75]); dahingegen der Macedonianische Rathsschluß dem Gläubiger nur blos die Klage versagt, ohne die Verbindlichkeit des Schuldners selbst aufzuheben [76]). Der Zahlung wird die Delegation gleichgeachtet, wenn nämlich die Bürgin zur Befriedigung des Gläubigers, bey dem sie intercedirte, ihren Schuldner an ihre Stelle setzte, und auch hier wird die Condiction gestattet, wie **Ulpian** in folgender Gesetzstelle lehrt.

L. 8. §. 3. *D. h. t.* Interdum intercedenti mulieri et *condictio* competit: puta si contra Senatusconsultum

75) S. **Webers** syst. Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 70. S. 262.

76) *L.* 10. *D. de SCto Macedon.* S. HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. und besonders HELLFELD Diss. de condictione mulieri intercedenti competente. *Ienae* 1739. §. 23. sqq.

tum obligata, debitorem suum delegaverit. Nam hic ipsi competit *condictio:* quemadmodum si pecuniam solvisset, *condiceret:* solvit enim et qui reum delegat.

Sie kann jedoch auch, wenn sie will, die geschehene Zahlung gelten lassen, und dann, wie jeder andere Bürge, mit der actio mandati gegen den Schuldner ihren Regreß nehmen. Nur muß sie in diesem Falle den Schuldner durch hinlängliche Caution gegen allenfallsige Ansprüche des Gläubigers in Sicherheit setzen.

L. 31. *D. h. t.* Si mulier, quod ex intercessione solvit, nolit repetere, sed *mandati agere, et cavere velit de indemnitate reo,* audienda est [77]).

Zuweilen kann die Intercedentin auch gegen den Gläubiger darauf klagen, daß sie von der übernommenen Verbindlichkeit befreiet werde. Die Klage ist hier ebenfalls die *condictio indebiti,* welche bekanntermassen auch auf Befreiung von einer ohne Schuldigkeit übernommenen Verbindlichkeit geht [78]). Diese Condiction kommt ihr sogar auch da zu statten, wo sie die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht vorschützen konnte, wie aus folgender merkwürdigen Gesetzstelle erhellet.

L. 8. §. 2. *D. h. t.* Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem eius: duas intercessiones factas, JULIANUS *Libro* 12. *Digestorum* scribit: unam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo apud creditorem eius: et ideo et

77) S. *Ant.* FABRI *Rational.* ad Pandect. in h. L. u. POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. XXXVIII. not. f.

78) *L.* 3. *Cod. de condict. indebiti.*

et Primo restitui obligationem, et adversus eum. MARCELLUS autem notat, esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur, et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat; an vero quasi debitrix delegetur; scilicet, ut si quasi debitrix delegata est, una sit intercessio. Proinde secundum hanc suam distinctionem, in prima visione, ubi quasi debitrix delegata est, exceptionem ei Senatusconsulti MARCELLUS non daret: sed condemnata, vel ante condemnationem, *condicere utique ei, a quo delegata est, poterit, vel quod ei abest, vel si nondum abest, liberationem.*

Anton Faber [79]) findet bey dieser Stelle unauflösliche Schwierigkeiten, welche er am Ende einer unrichtigen Auslegung des Tribonians von Marcellus Note zu Julian zuschreibt. Der Fall, von welchem das Gesetz redet, ist folgender. Eine Frauensperson hatte bey dem A. für den B. und bald nachher auch für den A. bey seinem Gläubiger C. intercedirt. Es entstand hier die Frage, ob dieses für eine oder für zwey Intercessionen zu halten, und welches die rechtliche Folge davon sey? Ulpian führt zuerst Julians Meinung an, welcher in seinen Digesten lehrt, daß in dem vorliegenden Falle zwey Intercessionen geschehen wären, die eine für den B. bey dem A. die andere für den A. bey seinem Gläubiger C. Die Folge sey daher, daß dem A. seine alte Klage gegen den B. und dem C. gegen den erstern wieder hergestellt werde. Da von einer Wiederherstellung der Klage nur dann die Frage seyn kann, wenn die Intercession eine vorhandene Verbind-

76) Conjectur. iuris civ. Lib. XVIII. cap. 1.

bindlichkeit aufhob, so ist also hier ein solcher Fall voraus- zusetzen, wo die Intercession durch eine Novation oder Delegation geschehen war. Allein **Ulpian** bemerkt, daß **Marcellus** in seinen Noten zu **Julian** hier einen Unterschied mache, ob die Intercedentin die Verbindlichkeit des A. bey seinem Gläubiger schlechthin durch Expromission übernommen, oder ob sie namentlich, als Schuldnerin des A., nämlich wegen der bey demselben für seinen Schuldner B. geleisteten Expromission, an seine Stelle dem Gläubiger desselben sey überwiesen worden. In dem letztern Falle, (durch eine Verwechselung, die jedoch in unsern Gesetzen nicht ungewöhnlich ist, wird zwar gesagt: *in prima visione*; allein der Beysatz: *ubi quasi debitrix delegata est*, zeigt an, daß von dem andern Falle die Rede sey) in dem letztern Falle also behauptet **Marcell**, daß nur eine Intercession vorhanden sey, nämlich die durch Novation zuerst bey dem A. für den B. geschehen war. Der erste Fall ist zwar nicht weiter berührt, allein gerade aus diesem Stillschweigen sieht man, daß **Marcell** hierin der Meinung des **Julians** beygestimmt habe. Dieser Distinction zu Folge schließt nun **Ulpian**, daß **Marcellus** in jenem zweyten Falle, da die Intercedentin, als Schuldnerin des A., an dessen Stelle delegirt worden ist, derselben auch die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht gestattet haben werde. Warum? Die meisten Ausleger sagen, weil die Intercedentin sich arglistig für die Schuldnerin des A. ausgegeben, da sie doch gewußt, daß sie für seinen Schuldner B. blos intercedirt habe; sie habe also den unwissenden Gläubiger des A. hintergangen. Darum sey die zweyte Intercession für keine solche zu halten, wogegen ihr das Vellejanische Senatusconsult zu statten

komme.

komme [80]). Allein wäre dieses der Grund, so würde ihr auch wohl kein Rechtsmittel gegen ihren Gläubiger, von dem sie delegirt worden, zugestanden werden können, wie ihr doch hier ausdrücklich eingeräumt worden ist. Anton Faber kann daher schlechterdings nicht begreifen, wie **Marcellus** der delegirten Frauensperson die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults würde haben absprechen können, da die Delegation ohne allen Zweifel eine Art von Intercession sey. Allein der Umstand, daß die Frauensperson, welche für den Schuldner des A. expromittirt hatte, sich von dem Gläubiger, als Schuldnerin, an seinen Gläubiger delegiren ließ, war allerdings entscheidend. Denn da nach dem Vellejanischen Senatusconsult die Intercession einer Frauensperson nicht schlechterdings ungültig ist, sondern nur durch Hülfe der Exception unwirksam wird, so war sie, opposita nondum exceptione, allerdings nach dem strengen Recht als Schuldnerin des A. anzusehen. Sie übernahm also durch die Delegation nicht sowohl eine fremde Verbindlichkeit, sondern versprach nur dem Gläubiger des A. das bezahlen zu wollen, was sie diesem, nämlich dem A., schuldig zu seyn glaubte. Da sie also als Schuldnerin nicht intercedirte, sondern vielmehr, wie **Pothier** [81]) ganz richtig sagt, ihr eignes Geschäft gerirte; so konnte **Ulpian** in Gemäßheit des von Mar-

80) S. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disputat. XXX. Th. 11. *Iust.* MEIER Ευδοξῶν Iustinianeor. Decad. V. Cap. 7. §. 2. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LVI. Th. 5. *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad Lib. XVI. Pand. pag. 583. und *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora Exercit. XIII. §. 4.

81) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXVI. not. g.

Marcellus gemachten Unterschiedes mit Recht sagen, Marcell werde in diesem Falle die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht gestattet haben, wenn der Gläubiger, dem sie delegirt worden ist, auf die Bezahlung gegen sie klagt. Ob sie sich im Ernst für die Schuldnerin des A. hielt, oder gewußt habe, daß sie durch eine Exception gedeckt sey, kommt hier in Rücksicht des dritten Gläubigers in keine weitere Betrachtung, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 12. *D. de novation.* Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei, qui donat; quoniam remittere exceptionem videtur. Sed si per ignorantiam promiserit creditori, *nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit*; quia ille suum recepit: sed is, qui delegavit, tenetur *condictione* vel *incerti* [82]), si non pecunia soluta esset: et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget *mandati iudicio*.

L. 13. *D. eodem.* Si non debitorem, quasi debitorem, delegavero creditori meo, *exceptio locum non habebit:* sed *condictio* adversus eum, *qui delegavit*, competit.

Es ist also schon den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemäß, daß der delegirte Schuldner dem Gläubiger des Delegirenden keine Einrede entgegensetzen könne, die ihm allenfalls gegen den Deleganten, seinen vorigen Gläubiger, zustand; um so mehr zu begreifen ist es

daher,

82) Scil. in hoc, ut teneatur facere, ut ab isto creditore liberetur. Ein solches factum liberationis kann nicht anders als durch eine *condictio incerti* verlangt werden. S. POTHIER Pandect. Iustinian. T. III. Tit. de novationib. Nr. XXXI. not. b. et c.

daher, warum **Marcell**, nach **Ulpians** Erklärung seiner Distinction, auch der, als Schuldnerin des A., delegirten Intercedentin keine Exception gegen den Gläubiger des A. gestattet haben würde [83]). Da aber doch die Schuldverbindlichkeit der delegirten Frauensperson in dem gegenwärtigen Falle wirklich nur aus einer Intercession entstanden war, gegen welche das Vellejanische Senatusconsult das weibliche Geschlecht ein für allemal geschützt wissen will, so ist es nun auch ferner sehr natürlich und begreiflich, warum der Intercedentin zu ihrer Entschädigung eine Condiction gegen denjenigen gestattet wird, von dem sie war delegirt worden, vermöge welcher sie entweder das, was sie für denselben bezahlt hat, zurückfordern, oder, wenn sie noch nicht bezahlt hat, auf Befreiung von ihrer indebite übernommenen Verbindlichkeit klagen kann. **Anton Faber** findet zwar auch dieses neu und unerhört, daß der Frauensperson eine Condiction gegen denjenigen zustehen soll, von dem sie delegirt worden ist, da sie ja durch Delegation von ihrer Verbindlichkeit gegen ihn war befreiet worden. Daß ihr dessen ungeachtet geholfen werde, sey freilich billig; allein diese Hülfe müße man ihr gegen denjenigen angedeyen lassen, dem sie durch die Delegation verpflichtet worden ist, nicht aber gegen denjenigen, von dem sie dadurch befreiet worden ist. Denn es sey ja eine ewige

83) Dem Marcell ist Paulus nicht entgegen, wenn dieser *L. 19. D. de novation. et delegat.* sagt: Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Diversum est in muliere, quae *contra SCtum* promisit. *Nam et in secunda promissione intercessio est.* Denn hier ist von einem solchen Falle die Rede, wo zwar eine Frauensperson delegirt worden ist, aber nicht als Schuldnerin des Deleganten. S. HELLFELD Diss. de condictione, mulieri intercedenti competente. §. 33.

ewige Wahrheit, daß man nur von dem condiciren könne, dem die Zahlung geschehen ist, nicht aber von dem, welchem dadurch genutzt worden ist [84]). Allein dieses ganze Raisonnement widerlegt sich theils aus dem Vorhergehenden schon von selbst, theils beweißt noch insonderheit die *L.* 5. §. 5. *D. de doli mali et metus exceptione*, wo es ausdrücklich heißt: Itaque *condictione* tenetur debitor, *qui delegavit*, ut vel *liberet debitorem*, vel, si solvit, ut *pecunia ei reddatur*, daß es in unserm Rechte gar nichts Neues sey, daß die Condiction gegen einen Andern Statt finden könne, als dem die Zahlung geschehen ist.

IV. Auf Seiten des Gläubigers besteht die Wirkung des Vellejanischen Rathsschlusses darin, daß a) wenn die Intercession einen Dritten, welcher den Contract, in den die Intercedentin, als Selbstschuldnerin, trat, schließen wollte, von einer künftigen Verbindlichkeit befreiete, nun dem Gläubiger die aus der Intercession entsprungene Klage gegen den Dritten gestattet wird. Man nennt diese Klage *actio institutoria*, quia instituit magis, quam restituit obligationem, wie Ulpian sagt *L.* 8. §. 14 *D. h. t.* Es wird aber freilich vorausgesetzt, daß der Dritte die Verbindlichkeit, welche er contrahiren wollte, müße gültig haben eingehen können. War also der Dritte noch unmündig, oder er stand unter väterlicher Gewalt, und wollte ein Gelddarlehn aufnehmen, so fällt alle Klage weg [85]). Wenn hingegen b) die Intercession eine vorhandene Verbindlichkeit aufhob, so wird dem Gläubiger seine alte Klage gegen den ersten Schuldner wiederhergestellt. Diese Klage wird dann *actio restitutoria* [86]), oder *rescissoria* [87]), und zum Unterschied der vorigen nach dem strengen Recht erloschenen Klage, welche eine actio directa war, *actio utilis* [88]) genennt, und unterscheidet sich von an-

84) *L. 49. D. de condict. indebiti.*

85) *L. 8. §. 15. D. h. t.* S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XLIX. not. b.

86) *L. 8. §. 9. 12. et 13. D. h. t. L. 13. §. 2. D. eodem.*

87) *L. 16. Cod. h. t.*

88) *L. 8. §. 8. D. h. t.*

andern prätorischen Restitutionsklagen darin, daß sie nicht die kurze Dauer hat, welche sonst jenen Rechtsmitteln eigen ist, sondern eine actio perpetua ist [89]). Es müßte denn etwa die alte Klage eine Temporalklage gewesen seyn. Hier muß die actio restitutoria binnen der Zeit angestellt werden, die damals noch übrig war, als die Expromission von der Frauensperson geschahe, und diese fängt dann, wie Ulpian [90]) lehrt, erst nach erhaltener Restitution zu laufen an. Die Klage findet übrigens Statt, wenn gleich der Gläubiger noch nicht weiß, ob ihn die Intercedentin bezahlen werde, oder nicht [91]); ja wenn er auch derselben die Schuld

89) *L. 10. D. h. t.* Mehrere Rechtsgelehrte behaupten, daß sich die actio restitutoria auch darin von andern prätorischen Restitutionsklagen unterscheide, daß hier kein besonderes Restitutionsgesuch nöthig sey, sondern die Klage ipso iure vom Gesetz restituirt werde. S. *Iac.* CUJACIUS Tract. IV. ad Africanum in L. 19. D. h. t. *Ulr.* HUBER Praelection. ad Pand. h. t. §. 8. und Thibaut System des P. R. 2. B. §. 946. Allein das Gegentheil lehren *Hugo* DONELLUS in Commentar. iuris civ. L. X. l. c. 31. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. XXX. Th. 5. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. gestützt auf den Satz, daß eine einmal erloschene Klage nicht ipso iure wieder auflebe. Für diese Meinung sprechen auch *L. 1. §. 2. L. 14. D. h. t.* und *L. 24. §. 3. h. t.* Zwar heißt es am Ende der letztern Stelle statim, atque intercessit mulier, competere actionem; allein dies geht auf das Restitutionsgesuch, nicht auf die restituirte Klage. Für diese Meinung streiten auch die oben angegebenen Benennungen dieser Klage.

90) *L. 24. §. ult. D. h. t.* Si pro eo, qui *temporali actione* teneretur, mulier intercesserit, *temporalis actio* restituetur; *sic tamen, ut ex praecedenti causa, continua tempora numerentur post restitutionem.* Diese Stelle interpretiren die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 7. Const. 55 pag. 195. auf folgende Art: Ἐὰν εἰς πρόσκαιρον ἀγωγὴν ἀντιφωνήσῃ γυνὴ, ἐνέχεται ὁ χρεώστης εἰς τὸν τότε ὑπολιμπανόμενον χρόνον, ἀρχόμενον τρέχειν μετὰ τὴν ἀποκατάστασιν. i. e. *Si pro eo, qui temporali actione tenetur, mulier intercesserit, debitor tenetur intra tempus, quod tunc supererat, numerandum post restitutionem.* Vorzüglich ist hier DONELLUS in Comm. iuris civ. Lib. XII. cap. 31. §. *Postremo videndum* pag. 624. zu vergleichen.

91) *L. 13. §. 2. L. 24. §. 2. D. h. t.*

Schuld erlassen hat [92]); oder ihr Erbe geworden ist [93]); Nur dann fällt sie weg, wenn die Intercedentin bezahlt hat, ohne daß eine Zurückforderung Statt findet [93]), oder der Gläubiger schon durch ein anderes Rechtsmittel gegen den Schuldner gedeckt ist. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn der Gläubiger mit dem Schuldner die Uebereinkunft getroffen hatte, daß er ihm seiner Schuldverbindlichkeit entlassen wolle, wenn er ihm einen Expromissor stellen würde, und dann der Schuldner eine Frauensperson an seine Stelle setzte, welche den Gläubiger mit der Einrede des Vellejanischen Senatusconsultums zurückwieß. Hier steht dem Gläubiger die *condictio causa data, causa non secuta* gegen den alten Schuldner zu; denn er hat die Bedingung des Vertrags nicht erfüllt. Er bedarf also der actio restitutoria nicht [94]). Ist hingegen die Intercedentin des Schuldners Erbin geworden, für den sie expromittirte, so haftet sie, und es ist gleichviel, ob sie der Gläubiger mit der actio directa, oder restitutoria belangt [95]).

V. Wenn endlich eine Frauensperson mit einer Mannsperson intercedirte, so ist zu unterscheiden. 1) Intercedirten beyde correaliter, so bleibt der Mann allein in solidum verhaftet, weil er hätte wissen können, oder wissen sollen, daß Frauenspersonen eine solche Verbindlichkeit nicht gültig übernehmen können [96]). 2) Intercedirten hingegen beyde nicht correaliter, sondern jeder übernahm blos einen Theil der fremden Verbindlichkeit; so haftet die Mannsperson für die fremde Schuld nicht weiter, als zu dem übernom-

92) *L. 8. §. 9. D. h. t.*

93) *L. 8. §. 10. D. eodem.*

94) *L. 8. §. 8. D. h. t.* In den *Basilicis* Tom. IV. pag. 189. wird die *condictio causa data, causa non secuta* (ἡ περὶ αἰτίας δοθείσης, ἢ τῆς μὴ παρακολουθησάσης αἰτίας παραγγελία) ausdrücklich genennt. Man sehe auch *L. 4. D. de condict. causa data*, und *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 4. D. cit.

95) *L. 8. §. 13. D. h. t.* Plane si mihi proponas, mulierem veteri debitori successisse, dicendum erit, *restitutoria* eam conveniri posse. Sed et *directa actione:* nihil enim eius interest, qua actione conveniatur.

96) *L. 48. D. de fideiussor.* S. Röslins Abh. von besond. weiblichen Rechten 2. B. S. 82. folg.

nommenen Theil [97]). Wegen des von der Weibsperson übernommenen Theils aber muß sich der Gläubiger an den Schuldner halten, und entweder actione directa, oder wenn die Intercession privativ war, actione institutoria oder restitutoria klagen [98]). Diese Vorschriften finden jedoch in dem Falle keine Anwendung, wenn eine Frauensperson zugleich mit einer Mannsperson eine Schuld contrahirte. Denn hier haftet sie immer für ihren Antheil als Selbstschuldnerin [99]).

97) *L. 8. Cod. h. t.* S. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

98) *L. 8. §. 14. D. h. t. Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 6.

99) *L. 17. D. h. t.* Die Praxis macht zwar eine Ausnahme in dem Falle, wenn eine Ehefrau zugleich mit ihrem Ehemann eine Schuld contrahirt. Hier soll die Ehefrau nur in sofern, als der Gläubiger die Verwendung des angelehnten Geldes zu ihrem Nutzen beweißt, verbunden seyn. Allein der Theorie ist dieses nicht gemäß. S. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 6. not. i. und diesen Commentar Th. 12. §. 782. S. 62. f.

Verzeichniß
einiger neuen beym Verleger dieses Werkes erschienenen Bücher.

Bensen, Heinr., System der reinen und angewandten Staatslehre für Juristen und Kameralisten, 2te verb. Ausg. 2 Theile gr. 8. 1804. 1809. 4 Rthlr. od. 6 fl.

— — über das Studium der sogenannten Kameralwissenschaften zur Beherzigung für Juristen und Kameralisten. gr. 8. 1808. 16 gr. 1 fl.

Glück, Chr. Fr., Handbuch zum systematischen Studium des neuesten Römischen Privatrechts, nach den Grundsätzen des Hrn. Oberapellationsraths Günther, 1ster Theil. — Auch unter dem Titel: Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts, zur Berichtigung und Ergänzung des 1sten Theils des Pandecten-Commentars. gr. 8. 1812. 1 Rthlr. 20 gr. od. 2 fl. 45 kr.

Harl, Joh. Paul, vollständiges Handbuch der Polizeywissenschaft, ihrer Hülfsquellen und Geschichte, mit Rücksicht auf die neueste Gesetzgebung und Literatur der Polizey. gr. 8. 1809. 2 Rthlr. 16 gr. 4 fl.

Klüber, Joh. Ludw. (Staats- und Cabinetsrath) das Postwesen in Teutschland, wie es war, ist, und seyn könnte. gr. 8. 1811. broch. 1 Rthlr. 4 gr. od. 1 fl. 45 kr.

Schott, J., über die Natur der weiblichen Erbfolge in Allodial- Stamm- und altväterliche Güter nach Erlöschen des Mannsstammes, sowohl beym hohen als niedern Adel in Teutschland. gr. 8. 1809. 22 gr. od. 1 fl. 24 kr.

Soden, Graf Jul. von, die Staats-Haushaltung. Eine Skizze zum Behuf öffentl. Vorlesungen; als Vorbereitung u. Einleitung zu der Kunde sämmtl. Zweige der Staats-Haushaltung oder der sogenannten Kameral-Wissenschaften. gr. 8. 1812. 10 gr. od. 40 kr.

Bayerische Staatsbibliothek München

nommenen Theil [97]). Wegen des von der Weibsperson übernommenen Theils aber muß sich der Gläubiger an den Schuldner halten, und entweder actione directa, oder wenn die Intercession privativ war, actione institutoria oder restitutoria klagen [98]). Diese Vorschriften finden jedoch in dem Falle keine Anwendung, wenn eine Frauensperson zugleich mit einer Mannsperson eine Schuld contrahirte. Denn hier haftet sie immer für ihren Antheil als Selbstschuldnerin [99]).

97) *L. 8. Cod. h. t.* S. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

98) *L. 8. §. 14. D. h. t. Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 6.

99) *L. 17. D. h. t.* Die Praxis macht zwar eine Ausnahme in dem Falle, wenn eine Ehefrau zugleich mit ihrem Ehemann eine Schuld contrahirt. Hier soll die Ehefrau nur in sofern, als der Gläubiger die Verwendung des angelehnten Geldes zu ihrem Nutzen beweißt, verbunden seyn. Allein der Theorie ist dieses nicht gemäß. S. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 6. not. i. und diesen Commentar Th. 12. §. 782. S. 62. f.

Verzeichniß
einiger neuen beym Verleger dieses Werkes erschienenen Bücher.

Bensen, Heinr., System der reinen und angewandten Staatslehre für Juristen und Kameralisten, 2te verb. Ausg. 2 Theile gr. 8. 1804. 1809. 4 Rthlr. od. 6 fl.

— — über das Studium der sogenannten Kameralwissenschaften zur Beherzigung für Juristen und Kameralisten. gr. 8. 1808. 16 gr. 1 fl.

Glück, Chr. Fr., Handbuch zum systematischen Studium des neuesten Römischen Privatrechts, nach den Grundsätzen des Hrn. Oberapellationsraths Günther, 1ster Theil. — Auch unter dem Titel: Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts, zur Berichtigung und Ergänzung des 1sten Theils des Pandecten-Commentars. gr. 8. 1812. 1 Rthlr. 20 gr. od. 2 fl. 45 kr.

Harl, Joh. Paul, vollständiges Handbuch der Polizeywissenschaft, ihrer Hülfsquellen und Geschichte, mit Rücksicht auf die neueste Gesetzgebung und Literatur der Polizey. gr. 8. 1809. 2 Rthlr. 16 gr. 4 fl.

Klüber, Joh. Ludw. (Staats- und Cabinetsrath) das Postwesen in Teutschland, wie es war, ist, und seyn könnte. gr. 8. 1811. broch. 1 Rthlr. 4 gr. od. 1 fl. 45 kr.

Schott, J., über die Natur der weiblichen Erbfolge in Allodial- Stamm- und altväterliche Güter nach Erlöschen des Mannsstammes, sowohl beym hohen als niedern Adel in Teutschland. gr. 8. 1809. 22 gr. od. 1 fl. 24 kr.

Soden, Graf Jul. von, die Staats-Haushaltung. Eine Skizze zum Behuf öffentl. Vorlesungen; als Vorbereitung u. Einleitung zu der Kunde sämmtl. Zweige der Staats-Haushaltung oder der sogenannten Kameral-Wissenschaften. gr. 8. 1812. 10 gr. od. 40 kr.

Bayerische Staatsbibliothek München

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 14,2

Erlangen (1813)

J.rom.c. 137-14,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565400-8
VD18 90225074